



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS
SOCIAIS - FAJS

LUCAS CANTO GOMES

DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES
IMPRESCRITÍVEIS NO DIREITO BRASILEIRO.

Brasília

2013

LUCAS CANTO GOMES

**DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES
IMPRESCRITÍVEIS NO DIREITO BRASILEIRO.**

Monografia apresentada junto ao Curso de
Direito do UniCEUB, como requisito parcial à
obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura.

Brasília
2013

LUCAS CANTO GOMES

**DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES IMPRESCRITÍVEIS NO
DIREITO BRASILEIRO.**

Monografia apresentada junto ao Curso de
Direito do UniCEUB, como requisito parcial à
obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura.

Brasília, 05 de dezembro de 2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Humberto Fernandes de Moura
Orientador

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos
Examinador

Prof. José Carlos Veloso Filho
Examinador

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo verificar se o rol de crimes imprescritíveis do direito brasileiro pode ser ampliado ou não, sendo que para alcançar uma conclusão, é necessário verificar diversos pontos da Constituição. Para alcançar uma conclusão, procedeu-se com a análise de diversos tópicos contidos na Carta Magna, a exemplo do artigo 5º e sua relação com os direitos fundamentais e com os direitos e garantias individuais, dos incisos XLII e XLIV, além da análise do artigo 60 e seu §4º que versa sobre as cláusulas pétreas, ou seja, verificou-se o que está protegido pelas cláusulas pétreas e quais os seus limites e se a prescrição penal se trata de um direito fundamental, bem como se a ampliação do rol é constitucional ou não.

Palavras-chave: Poder constituinte; direitos fundamentais; cláusulas pétreas; prescrição penal; imprescritibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
 1 AS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	 7
1.1 CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	10
1.2 ESPÉCIES E GERAÇÕES (OU DIMENSÕES).....	12
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	15
1.4 AS CLÁUSULAS PÉTREAS E SEU ALCANCE.....	18
 2 SOBRE A PRESCRIÇÃO E A IMPRESCRITIBILIDADE.....	 24
2.1 A PRESCRIÇÃO E SUAS TEORIAS EMBASADORAS.....	24
2.2 A IMPRESCRITIBILIDADE.....	29
2.3 A PRÁTICA DE RACISMO (INCISO XLII)	32
2.4 AÇÃO DE GRUPOS ARMADOS CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL (INCISO XLIV).....	37
2.5 DIREITO COMPARADO COM OUTROS PAÍSES.....	40
2.6 O BRASIL E A ADESÃO AO ESTATUTO DE ROMA E AO TPI.....	42
 3 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES IMPRESCRITÍVEIS.....	 47
3.1 O DEBATE SOBRE O TEMA: ARGUMENTOS E CONTRA- ARGUMENTOS.....	47
3.2 POR QUE MEIO SE DARIA A AMPLIAÇÃO?.....	50
 CONCLUSÃO.....	 53
 REFERÊNCIAS.....	 56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988. Diante disso, o tópico direitos fundamentais está intimamente ligado com o tema da presente monografia, na medida em que os incisos XLII e XLIV, que tratam de hipóteses de imprescritibilidade, encontram-se inseridos no artigo 5º da atual Constituição, sendo que tal artigo dispõe acerca dos direitos e deveres individuais e coletivos, abrangendo, também, direitos fundamentais.

O legislador constituinte originário redigiu o artigo 5º de forma deveras abrangente, positivando expressamente alguns direitos individuais e coletivos, proclamando-os como normas de direitos fundamentais, por estarem inseridos no Título II, cujo nome é exatamente este: Dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a monografia será realizada com base em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo este trabalho dividido em três capítulos, no capítulo 1, abordar-se-á o conceito de direitos fundamentais, suas origens, espécies, gerações, bem como suas diferenças com os direitos humanos. Após isso, o estudo versará sobre o que são as denominadas cláusulas pétreas, contidas no artigo 60, §4º, da Constituição, que são as hipóteses em que o legislador originário entendeu por bem proteger determinados núcleos da Constituição. Ao longo do texto, será compreendido o alcance dessas cláusulas pétreas, bem como se os incisos XLII e XLIV estão incluídos nessa proteção.

Em seguida, no capítulo 2, serão explicados os conceitos de prescrição e de imprescritibilidade, assim como seus limites, suas teorias embasadoras, sua aplicação e normatização dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Também será mostrado como as hipóteses de crimes imprescritíveis se verificam, na prática, em nosso sistema penal. Haverá a explicação de como esses institutos encontram-se presentes em outros países, além de uma breve explicação sobre o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional, analisados sob a ótica de como são recepcionados os tratados de direitos humanos em nosso sistema jurídico.

E, por último, no capítulo 3, ocorrerá o debate acerca da possibilidade ou não de aumento do rol de crimes imprescritíveis, sendo evidenciado o debate doutrinário relativo ao referido aumento do rol e, também, de como ocorreria tal introdução em nosso arcabouço jurídico.

1 AS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL E AS CLÁUSULAS PÉTREAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nesse capítulo haverá a exposição de conceitos importantes e elementos essenciais que serão, ao longo deste trabalho, necessários para que se possa compreender o contexto geral em análise, qual seja, a possibilidade ou não de ampliação do rol de crimes imprescritíveis. Assim, faz-se necessário discorrer sobre o conceito de norma de direito fundamental, seu surgimento, suas características, semelhanças e diferenças com os direitos humanos, além de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com os limites de reforma estabelecidos pelo constituinte originário, as cláusulas pétreas.

Os direitos fundamentais existem há muito tempo, tendo sido maturados com o passar das épocas, sendo correto afirmar que estão sob constante mudança, na medida em que, em cada período, sua formulação se dá, invariavelmente, a imperativos de coerência lógica (BRANCO, 2012, p. 154).

Para Moraes (2000, p. 20), os direitos humanos fundamentais¹ são uma confluência de valores e princípios surgidos de várias fontes e que possuem um ponto em comum, que é limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades e também consagrar os princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Se um determinado Estado é governado pelo povo, ainda que indiretamente, a ideia de limitação do poder é sempre levantada, pois este poder não é absoluto, sendo necessária uma Constituição que preveja tais direitos e deveres do cidadão, bem como dos mandatários do poder emanado deste.

Insta ressaltar que há diferença entre as denominações “direitos” e “garantias”, conforme nota Tavares (2010, p. 522), os direitos são os propriamente ditos e suas garantias são os meios, os instrumentos que habilitam a exigir o cumprimento forçado dos primeiros.

Tal pensamento não é pacificado na doutrina, o pensamento de Sampaio Dória (1953 apud DA SILVA, 2011, p. 186) é no sentido de que os direitos são garantia e as

¹ Para Alexandre Moraes, a expressão “direitos fundamentais” e “direitos humanos” são sinônimas (MORAES, 2000, p. 20)

² No entanto, essa aceção universal e absoluta por vezes é contestada por outros doutrinadores, pois,

garantias são direitos. Também não se pode afirmar que “os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória” (DA SILVA, 2011, p. 186, grifo original). Por estarem no mesmo Título, Dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição não explica onde estão os direitos e onde estão as garantias, deixando esta distinção à doutrina.

A criação dos direitos fundamentais adveio da necessidade de se limitar e de controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades e, também, da consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo. Os doutrinadores explicam que os direitos fundamentais assim são chamados por serem indispensáveis à qualquer Constituição, mormente ao fato de existirem para assegurar determinados princípios como o da dignidade humana, o da limitação do poder estatal, além de visar ao absoluto desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2000, p. 1).

A personalidade humana pode e deve se desenvolver sem que existam restrições legais à sua liberdade, sendo função básica do direito criar um espaço jurídico no qual isso seja possível (FERRARI, 2011, p. 529). A função precípua dos direitos fundamentais “é a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes do Estado” (CANOTILHO, 2003, p. 407).

Os direitos fundamentais recebem uma acepção universal quando ligados filosófica e historicamente aos conceitos de dignidade da pessoa humana e de liberdade, ademais, é certo que a manifestação desse caráter universal se deu pela primeira vez com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789 (BONAVIDES, 2011, p. 562).²

Com a criação da nova Carta, o artigo 5º passou a tratar dos direitos e garantias individuais, visando proteger, em seus incisos, princípios como o da isonomia, da legalidade, da individualidade da pena, dentre tantos outros que estão elencados no referido artigo. Porém, a Lei Maior pecou pelo excesso ao relacionar diversos incisos em seu artigo 5º, atualmente são mais de setenta, que versam sobre, mas não somente, direitos e garantias

² No entanto, essa acepção universal e absoluta por vezes é contestada por outros doutrinadores, pois, como ensina Branco (2012), o caráter universal desses direitos deve ser concebido em termos, porque nem todos os direitos fundamentais podem ter por titular todas as pessoas humanas, a exemplo dos direitos dos trabalhadores e dos presos. O mesmo se aplica quando se menciona o sujeito passivo das relações jurídicas que se desdobram em volta desses direitos, pois não somente o Estado pode figurar nesse polo, como também os particulares em geral.

fundamentais e direitos e deveres individuais e coletivos.

Tal exacerbação se deve, decerto, ao receio que adveio após a queda do regime militar, ficando a Constituinte preocupada em elencar todos os direitos possíveis aos quais o cidadão brasileiro tem acesso, no claro intuito de edificar uma Constituição democrática. Era evidente que “os anseios de liberdade, participação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período histórico que se encerrava.” (COELHO, 2002, p. 114).

No entanto, essa atitude de tentar evidenciar os direitos existentes de cada cidadão tornou o texto constitucional um tanto quanto vago, sendo que por diversas vezes, acaba por listar o direito do cidadão, sem, no entanto, especificá-lo por meio de lei especial para esse fim, conforme explica Bonavides:

Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando um capítulo à ecologia ou, com mais propriedade, ao meio ambiente. [...] Na Constituição de 1988, as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora (BONAVIDES, 2011, p. 382).

Como exemplo da falta de regulamentação de uma norma constitucional tem-se o do inciso XI do artigo 7º da Constituição, que dispõe acerca da participação do trabalhador nos lucros da empresa, dispositivo existente há quatro Constituições, quais sejam, nas de 1946, 1967, 1969 e na atual de 1988, não existindo, contudo, uma lei que a regule (BONAVIDES, 2011, p. 382).

Pois bem, a despeito dessa falta de regulamentação específica, o artigo 5º é, expressa e implicitamente, fonte de direitos e garantias individuais, pois, segundo Da Silva (2011, p. 182), há três fontes de direitos e garantias: a) os expressos, ou seja, os que estão presentes no artigo 5º; b) os implícitos, aqueles decorrentes dos princípios e regime adotados pela própria Constituição; c) os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil.

Portanto, apesar de vários incisos que estão presentes no artigo 5º versarem sobre direitos e garantias individuais, há também vários incisos que não dispõem acerca

destes. E há direitos fundamentais que não estão elencados no artigo 5º, mas sim em outros artigos da Constituição, como “é o caso dos direitos econômicos (artigo 170), dos direitos ambientais (artigo 225), do direito à educação (artigo 205), entre outros” (FERNANDES, 2010, p. 234).

Por haver certa divergência doutrinária acerca da precisa delimitação do que vem a ser uma norma de direito fundamental, já que alguns autores a igualam a direitos humanos e direitos do homem, é necessário discorrer sobre o seu conceito.

1.1 CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Devido a uma gama de nomenclaturas semelhantes, convém esclarecer o conceito de direitos fundamentais, pois como assevera Da Silva:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (DA SILVA, 2011, p. 175).

As expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” são mais utilizadas por autores anglo-americanos e latinos, sendo que a expressão direitos fundamentais parece ser mais cabível aos publicistas alemães (BONAVIDES, 2011, p. 560). Há muito tempo, antes mesmo do Renascentismo, são conhecidos os conceitos de dignidade, liberdade e igualdade, mas somente na Idade Moderna tais conceitos passaram a ser tidos como direitos fundamentais e isso se deu em decorrência de diversas mudanças nos contextos políticos, econômicos e socioculturais (BIAGI, 2005, p. 17).

Conforme a lição de Biagi:

[...] tais direitos só assumem “posição de definitivo realce na sociedade” com o Estado moderno juntamente com a concepção individualista da sociedade que significa que primeiro vem o indivíduo, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, já que o Estado é feito pelo indivíduo e não este pelo Estado, o que leva a inverter, também, a relação tradicional entre direito e dever, ou seja, quanto aos indivíduos, primeiro vêm os direitos, depois os deveres, mas, quanto ao Estado, primeiro, os deveres e depois os direitos (BIAGI, 2005, p. 18).

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas, porém é possível distingui-las conforme sua origem e significado. Quando se fala em direitos do homem, é possível dizer que são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, sendo que direitos fundamentais são os direitos do homem, garantidos de maneira jurídico-institucional e espaço-temporalmente delimitados (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Pérez Luño também explicita a diferença existente entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, sendo que

Fincou-se pé na propensão doutrinária e normativa para reservar o termo “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados em nível interno, enquanto que a fórmula “direitos humanos” seria a mais usual para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançaram um estatuto jurídico positivo (PEREZ LUÑO, 1998, p. 44, tradução nossa)

O autor espanhol explica que as transgressões aos direitos humanos podem ser visualizadas em hipóteses fáticas recentes, como no caso dos crimes alemães cometidos durante a segunda guerra, do apartheid na África do Sul, bem como das negações políticas e sindicais ocorridas no Chile de Pinochet e na Polônia de Yaruzelski, não havendo sentido em denunciar essas violações como sendo contrárias aos direitos fundamentais, “já que nenhum desses sistemas políticos reconhecia ou reconhece tais direitos em seu ordenamento jurídico positivo” (PÉREZ LUÑO, 1998, p. 44, tradução nossa).

A expressão direitos do homem é inadequada, pois como explica Tavares (2010, p. 488), “a nomenclatura ‘direitos do homem’ carrega consigo a concepção jusnaturalista, ou seja, a de que o homem, como homem, possui direitos inerentes à sua natureza”.

Os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, sendo, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. E que, como direitos subjetivos, tais direitos “outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados” (HESSE apud MENDES, 2006, p. 2). Além disso, os direitos fundamentais, como elementos da ordem constitucional objetiva, recepcionados como garantias individuais, formam o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (MENDES, 2006, p. 2).

Dessa forma, compreende-se que os direitos humanos são os princípios básicos que devem ser respeitados por todas as formas de governos democráticos, sendo que os direitos fundamentais são aqueles cujos Estados se utilizam da Constituição para assegurar tais direitos. Sendo nítido o seu caráter garantidor dos conceitos mais basilares de uma sociedade democrática saudável, não sendo viável essa compreensão dos dois conceitos como sinônimos.

1.2 ESPÉCIES E GERAÇÕES (OU DIMENSÕES)

A partir do conceito de direito fundamental, insta discorrer acerca da quantidade de espécies desses direitos, bem como das ditas gerações, ou dimensões.

Os doutrinadores divergem quanto à quantidade de espécies existentes dentro do gênero direitos fundamentais, sendo que Da Silva (2011, p. 185), Fernandes (2010, p. 234) e Moraes (2000, p. 25) afirmam serem cinco espécies, que podem assim ser classificadas: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Sendo cristalino que tal divisão se dá mais em razão da disposição de tais grupos no texto constitucional do que por qualquer outro fator.

É nítido perceber que tal classificação não exaure os tipos de direitos fundamentais constantes na Constituição, sendo certo que há diversos outros direitos desse tipo espalhados pelo texto constitucional, exemplificados nos casos dos direitos econômicos (art. 170), dos direitos ambientais (art. 225), do direito à educação (art. 205), entre outros. Esse não-exaurimento foi revelado pelo próprio STF ao reconhecer, no curso da ADI nº 939, o princípio da autoridade tributária como um direito e garantia fundamental (FERNANDES, 2010, p. 234-235).

Interessante é outra classificação dada por Ferreira Filho (2007, p. 103), que subdivide os direitos fundamentais em quatro espécies: liberdades; direitos de crédito; direitos de situação e direitos-garantia. Sendo que os primeiros versam sobre poderes de fazer, sendo esse fazer uma ação ou omissão, como, por exemplo, a liberdade de ir e vir e o direito de greve. Os segundos são direitos de se exigir algo, prestação de serviços como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, ao trabalho. Os de situação servem para demandar um *status*, preservando ou restabelecendo algo, tem-se o exemplo do direito ao meio ambiente sadio,

direito ao respeito e à paz. E tem-se os direitos-garantia, que são importantes para impulsionar a movimentação do Estado, mormente para garantir os direitos dos cidadãos.

Há uma outra classificação que deve ser feita quando se fala em direitos fundamentais, pois existem as chamadas gerações, ou dimensões, desses direitos, que foram se desenvolvendo desde a época do Iluminismo até os tempos modernos em que se vive hoje, uma vez que a história nos demonstra que os direitos fundamentais se modificam com o passar do tempo.

Novamente, a doutrina contemporânea diverge quanto ao tema, sendo que há doutrinadores que defendem haver três gerações³, outros que defendem ser cinco gerações⁴, sendo que a classificação ocorre com base no reconhecimento constitucional histórico que foi sendo atribuído a tais direitos (MORAES, 2000, p. 26).

Quanto aos direitos de primeira geração, os da liberdade, a doutrina explica que recebem esse nome por terem sido os primeiros a serem constitucionalmente positivados, visíveis no exemplo dos direitos civis e políticos, os quais, em sua maior parte, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental. Sendo certo que esse tipo de direito tem por titular o indivíduo, sendo oponível ao Estado, e, além de direito de resistência ou de oposição, é atributo da pessoa (BONAVIDES, 2011, p. 563-565).

Tavares (2010, p. 495) explica que “os primeiros direitos surgidos foram os de caráter negativo, atrelados ao ideário que movimentava o Estado essencialmente liberal”. Tais direitos remontam à ideia de ordem negativa, significando uma não atuação ou uma ação estatal, em respeito aos direitos fundamentais individuais. Essa primeira geração comporta os direitos referidos nas revoluções americana e francesa, a qual se traduz na abstenção dos governantes, cujo reflexo é a não intervenção estatal na esfera privada (FERRARI, 2011, p. 533).

Branco (2012, p. 155) explica que tais direitos “são considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista”⁵, ademais, “referem-se à liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de

³ Conferir a lição de Branco (2012, p. 155), Fernandes (2010, p. 237), Ferrari (2011, p. 533), Moraes (2000, p. 26), Tavares (2010, p. 495).

⁴ Nesse sentido, Bonavides (2011, p. 571).

⁵ Como bem explicado pelo autor, esse universalismo dá-se no plano abstrato, pois para a concretização e desfrute de alguns direitos, à época, o sujeito necessitava possuir riquezas, como no caso do sufrágio (BRANCO, 2012).

domicílio, à liberdade de reunião”.

Porém, as angústias estruturais do tempo pós-liberal não mais comportavam um Estado ausente, pois o descaso estatal frente aos problemas sociais como o impacto do crescimento demográfico, as pressões decorrentes da industrialização e o aprofundamento das discrepâncias vividas no interior da sociedade culminaram na responsabilização do Estado na realização da justiça social (BRANCO, 2012, p. 155).

Segundo Fernandes (2010, p. 237), os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, por certo que “são chamados de sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais”. Em relação aos direitos de segunda geração, Bonavides (2011, p. 564) assevera que “dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado”. Os direitos de segunda geração representam a inversão da vontade dos de primeira geração, ao passo que estes visavam uma ação negativa do Estado, aqueles exigem uma ação positiva, tendo o Estado que atuar para satisfazer determinados direitos.

A terceira geração de direitos adveio no final do século XX, com a consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento. Em um aspecto ainda mais panorâmico, enxerga-se como destinatário de tais direitos todo o gênero humano, compreendendo-o como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade (FERNANDES, 2010, p. 237).

No ensinamento de Tavares (2010, p. 497), “são direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito ambiental”. Já para Bonavides (2011, p. 569), “um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade”. Tais direitos são munidos de um caráter extremamente humanista e universal, tendo nascidos da reflexão sobre temas relacionados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, e, de uma forma geral, ao patrimônio comum da humanidade. Assim, os direitos de terceira geração são peculiares pela titularidade difusa ou coletiva, pois são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos (BRANCO, 2012, p. 156).

A ideia de gerações de direitos existe apenas para didaticamente separar os

momentos históricos em que se deram tais implementações de direitos, vale dizer, uma geração não exclui a anterior, mas a complementa. Dessa forma:

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão (BRANCO, 2012, p. 156).

Bonavides (2011, p. 571) entende que existem, ainda, a quarta e quinta gerações, afirmando que atualmente existe uma globalização dos direitos fundamentais, o que significa universalizar a instituição de tais conceitos, estando todo o mundo inclinando-se em sua dimensão de máxima universalidade. Afirma que os direitos de quarta geração são representados pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. “Enfim, os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política” (BONAVIDES, 2011, p. 571).

O autor faz referência a Vasak e explica que um dos direitos de quinta geração é o direito à paz, que, segundo o jurista, “[...] é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant” (BONAVIDES, 2011, p. 590). Ainda aduz que antes a paz era tida por direito fundamental teórico, mas que agora a paz está erguida à classe de direito positivo. “Ontem, um conceito filosófico; hoje, um conceito jurídico. E tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas Constituições” (BONAVIDES, 2011, p. 593).

Contudo, entende-se, com a devida vênia, que as referidas quarta e quinta gerações nada mais são do que extensões das gerações anteriores, na medida em que não representam uma novidade propriamente dita. Assim, tendo em vista a compreensão do que são as gerações, ou dimensões, das normas de direitos fundamentais, verificar-se-á como se deu a incorporação de tais direitos pela Constituição de 1988.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Um dos objetos de análise deste trabalho será a Constituição Federal de 1988 e a forma com que esta abrangeu os direitos fundamentais. Mas primeiro há que se

compreender o conceito de Constituição. Que é uma Constituição? A indagação feita por Lassalle (2010, p. 5), em uma conferência pronunciada em 1863, é, concomitantemente, simplória e complexa, sendo até hoje respondida das mais variadas formas por diversos autores.

Lassalle não buscava um conceito de Constituição, pois esse conceito poderia ser dado por qualquer jurisconsulto, o qual provavelmente diria: “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país” (LASSALLE, 2010, p. 6).

O que buscava saber era a essência da Constituição, um questionamento relevante para que fosse possível saber se uma determinada Constituição é boa ou má, factível ou irrealizável, etc. Concluiu que a constituição não pode ser imposta por um soberano, nem por nenhum poder que constitua a ordem social, necessitando ela de ser a união entre os interesses dos poderes que conduzem um país (LASSALLE, 2010, p. 7).

O homem precisa ceder parte de sua liberdade primitiva para, somente assim, viver em sociedade, sendo certo que as parcelas dos seres que assim agiram se unificam e se transformam em poder. Nesse vértice, o poder e a liberdade são figuras antagônicas, contraditórias, que tendem a se anular, daí a importância da figura do direito e da regulamentação, as quais existem para impedir a anarquia e a arbitrariedade. Eis que surge a figura da Constituição, organizando a forma de Estado e os poderes que serão constituídos, além de prever os direitos fundamentais dos indivíduos (EKMEKDJIAN, 1996 apud MORAES, 2000, p. 3).

O histórico brasileiro recente de constituições não é muito longo, possui-se uma Lei Maior há pouco menos de duas centenas de anos, sendo que, atualmente, vige a oitava Constituição Brasileira. Promulgada em 1988, após um longo período de ditadura militar, a Constituição Federal deixa claro em seu preâmbulo que direitos sociais e individuais visa alcançar, dentre os quais se destaca a justiça e a segurança, bens da vida essenciais à qualquer Estado Democrático moderno. Verifica-se que logo em seu início, vide artigos 1º e 3º, já são visíveis os seus princípios, fundamentos e objetivos.

A Constituinte se preocupou em ampliar direitos e garantias já previstos na anterior Constituição de 1967, porém não bastava uma simples emenda constitucional e por isso foi elaborada uma nova Constituição. Ferreira Filho (2007, p. 99) elucida que a

Constituição de 1988 é bastante original no que tange ao tratamento dado aos direitos fundamentais, pois logo os enumera em seu Título II, querendo com isso marcar a supremacia e hegemonia que lhes toca.

Ao agir dessa forma, o legislador originário quis especificar quais direitos são fundamentais ao indivíduo, restabelecendo a importância que estes tiveram em momento anterior ao da ditadura militar. Conforme leciona Branco (2012, p. 115), a “Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais”.

E esse intuito da Constituinte é nítido, tanto que no texto da Carta Magna ficou visível o seu caráter garantista e protecionista, conforme assevera Branco

A Constituição, que, significativamente, pela primeira vez na História do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo cidadão, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso da promulgação (BRANCO, 2012, p. 116).

Noutro vértice, apura-se que o artigo 5º apesar de abranger inúmeros direitos fundamentais, também abrange inúmeros dispositivos que versam sobre outras matérias que não os direitos fundamentais, vale dizer, há incisos indevidamente alocados no referido artigo. Assim, em que pese a vontade do legislador originário em definir que todos os incisos constantes no artigo 5º da Carta Magna sejam normas de direitos fundamentais, a doutrina não se alia a esse entendimento⁶, sendo verificado que existem tanto normas de direito fundamental fora do referido artigo, quanto incisos inseridos dentro do artigo 5º que não versam sobre direitos fundamentais. Ou seja, as normas de direito fundamental encontram-se espalhadas pelo texto constitucional.

Assim sendo, passa-se a verificar a proteção que gozam essas normas na Constituição Federal, ou seja, as cláusulas pétreas, cuja função precípua é impedir a tendência de supressão ou de mitigação de uma norma de direito e garantia individual.

⁶ Nesse sentido, Fernandes (2010, p. 234-235), Moraes (2000, p. 234), Santos (2010, p. 97) e Trippo (2004, p. 84-85).

1.4 AS CLÁUSULAS PÉTREAS E SEU ALCANCE

Quando uma Constituição é concebida, o Poder Constituinte Originário, também chamado de poder constituinte de primeiro grau ou genuíno, se empenha ao máximo para que o texto constitucional permaneça vigendo com o máximo da sua aplicabilidade e eficácia por bastante tempo, contudo, com os avanços e a evolução dos fatos sociais, determinados ajustes são necessários de tempos em tempos. Para evitar o engessamento do texto constitucional, o Poder Constituinte Originário prevê a possibilidade de alterações à Lei Maior. Com isso, evita-se a evocação da Constituinte toda vez que forem necessárias mudanças pontuais no texto da Constituição (BRANCO, 2012, p. 134).

Ocorre que a Constituição de 1988 é, notadamente, rígida quanto à sua forma, com vistas a garantir a estabilidade e permanência da certeza e consistência jurídica das instituições, porém a imutabilidade constitucional é tese absurda, conflitante e incompatível com a vida, a qual é mudança, rompante, ação, sendo a sua adoção equivale ao fim dos caminhos pacíficos, entregando à revolução e aos golpes de estado a solução das crises (BONAVIDES, 2011, p. 196).

Tem-se que o Poder Constituinte Originário é um poder inicial, já que dele derivam os demais poderes, ilimitado, juridicamente, justamente por não encontrar limites no ordenamento jurídico imediatamente anterior, sendo, também, incondicionado, pelo fato de não estar sujeito a nenhuma regra ou condicionamento. Enquanto o Poder Constituinte Derivado é fundado, operando modificações na Constituição atual, por intermédio de emendas ou de revisão do texto constitucional.

A questão de limitar o poder de reforma somente toma força e relevante valor quando o modelo constitucional adotado tem um sistema de controle de constitucionalidade, caso contrário, conforme Kelsen, a Constituição que não dispõe de uma garantia de anulação de atos incompatíveis com ela, não é uma Constituição obrigatória (KELSEN, 1998 apud MENDES, 2006, p. 428).

De fato, o constituinte originário deixou uma possibilidade na Carta Magna Brasileira de 1988 que permite a emenda constitucional, deixando, contudo, claras limitações a esse poder de reforma, evidenciando o referido controle de constitucionalidade. Tendo em vista uma separação doutrinária das limitações existentes, explica-se que a Constituição possui duas limitações, quais sejam, circunstanciais e materiais, sendo que somente estas

importam para este trabalho.

Pelo fato de o Brasil ser um Estado Democrático, as normas de direitos fundamentais resguardadas no artigo 5º são invioláveis, sendo uma zona proibida até mesmo para os detentores do poder estatal, assim, tanto o Executivo, quanto o Legislativo e o Judiciário estão limitados quanto ao seu poder reformador, mas “cumpre evitar uma rigidez tão acentuada que seja um convite às revoluções, ou uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança do regime sob que se vive” (SAMPAIO, 1954 apud BRANCO, 2012, p. 137). Em outras palavras, “a aplicação ortodoxa dessas cláusulas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade” (MENDES, 2006, p. 442).

Sendo assim, a indagação a se fazer quanto ao limite material imposto pela Constituição é: o poder de reforma, deixado pelo Poder Constituinte Originário, pode alcançar qualquer norma constitucional, ou há certos dispositivos que não podem ser objeto de emenda ou de revisão? (DA SILVA, 2011, p. 66). Pois bem, a fim de verificar quais são as limitações materiais constantes no texto constitucional, colaciona-se o artigo 60, §4º, da Constituição:

§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

A natureza jurídica do poder de reforma constitucional derivado é, por si mesmo, um poder limitado, porque se sujeita às limitações explícitas e implícitas que decorrem da Constituição formulada pelo Constituinte Originário, sendo as limitações materiais explícitas expressamente consolidadas no artigo 60, §4º, que formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominadas cláusulas pétreas (BONAVIDES, 2011, p. 200). Em relação às limitações materiais, estas se dividem em duas: as explícitas e as implícitas. Como o próprio nome já diz, as explícitas são aquelas que aparecem de maneira expressa na Constituição.

O Supremo Tribunal Federal já debateu sobre o controle de constitucionalidade de normas constitucionais, tanto em relação à Constituição de 1967, como à de 1988. Sendo que em 1980, houve o julgamento do Mandado de Segurança de nº 20.257, quando o STF se pronunciou acerca da inconstitucionalidade de projetos de lei ou propostas

de emenda antes mesmo dessas se transformarem em leis ou emendas. E também mais duas vezes, uma em 1993 quando tratou da legitimidade da Emenda nº 2, de 1992, quando decidiu que o legislador não havia ultrapassado seus limites de reforma ao garantir a antecipação do plebiscito, conforme dispõe o artigo 2º do ADCT, e outra em 1994, quando ratificou o princípio da anterioridade tributária como norma de direito fundamental, decidindo que a cobrança de impostos, no caso o IPMF, cobrados no mesmo exercício financeiro em que houve sua lei instituidora é inconstitucional, por tratar de garantia fundamental do cidadão, conforme disposição do artigo 60, §4º (SANTOS, 2010, p. 90).

Segundo os doutrinadores, as limitações materiais são, por vezes, objeto de difícil aceitação teórica, pois a perplexidade advém de uma verificação: se os poderes reformadores, tanto o originário quanto o derivado, são exercidos pelos representantes do mesmo povo, porque um desses poderes deve se sujeitar ao outro? O que explica que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro, onde poderia ocorrer um consenso quanto à modificação dessa cláusula petrificada? Porém, explica-se que, na realidade, o povo não se encontra preso às decisões do passado, pois ele as segue enquanto o entender cabível, pois no momento em que quiser alterar determinadas circunstâncias petrificadas, o povo romperá com as limitações impostas pela Lei Maior em vigor e fará com que outro diploma seja criado (BRANCO, 2012, p. 138).

Existem três tipos de concepções acerca das cláusulas pétreas, há quem defenda que são, de fato, imprescindíveis e insuperáveis; há aqueles que repudiam sua legitimidade e/ou sua eficácia no âmbito jurídico; e há quem, embora as admita, as concebe como relativas, pois poderiam ser eliminadas por meio de um duplo processo de revisão (MIRANDA, 1991 apud MENDES, 2006).

Loewenstein (1976 apud MENDES, 2006, p. 436) é um desses doutrinadores que defendem ser ineficaz a cláusula pétrea, dizendo que as disposições intangíveis podem, em tempos normais, se manter como uma luz vermelha útil contra maiorias parlamentares que desejam emendas constitucionais, porém não se pode, em absoluto, dizer que tais preceitos se encontram imunizados contra qualquer revisão, e utiliza como exemplo um ditador que para subir ao poder anula a constituição vigente por meio de um golpe de estado e cria outra, a fim de legitimar sua posição política. Já para Biscaretti di Ruffia (1984 apud MENDES, 2006, p. 437), as cláusulas pétreas podem ser removidas por completo por intermédio de um processo de dupla revisão, sendo que a primeira fase seria

utilizada para remover a norma impeditiva e no segundo momento se inseriria a nova norma que antes era tida como antijurídica. Para Carl Schmitt (1982 apud MENDES, 2006, p. 438), as cláusulas pétreas não se fazem necessárias, ou seja, a Constituição não precisa declarar a imutabilidade de determinados princípios, isso porque a própria revisão não pode, de forma alguma, afetar o seguimento e a autenticidade da Constituição.

Certo é que as limitações materiais explícitas excluem determinadas matérias ou conteúdos da apreciação do legislador derivado, limitando expressamente seu poder de emenda, porém verifica-se que a Constituição de 1988, ao contrário de outras Constituições antigas que mantinham esta tradição, excluiu a República do núcleo imodificável. Isso se deve ao fato de a própria Constituição ter previsto um plebiscito para que o povo decidisse acerca da forma de governo, restando decidido, por fim, pela República (DA SILVA, 2011, p. 66).

Com relação às limitações implícitas, entende-se que decorrem dos princípios e do espírito da Constituição, sendo certo que tais limitações são tácitas, sendo basicamente aquelas que aludem à extensão da reforma constitucional, à modificação do processo de revisão e à uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário (BONAVIDES, 2011, p. 202). Maunz-Dürig (1990 apud MENDES, 2006, p. 442) explica que “constitui imperativo de uma norma de lógica que, além dos princípios declarados intocáveis, também a própria cláusula pétrea que declara a imutabilidade deve ser considerada intangível”.

Conclui-se que a intenção do constituinte originário ao criar o instituto das cláusulas pétreas foi no sentido de prevenir a abolição de determinados institutos, além de tentar manter, o máximo possível, o trabalho executado pelo legislador constituinte, sendo as cláusulas pétreas, como evidenciado, matérias essencialmente inextinguíveis. Assim, eliminar a cláusula pétrea significaria enfraquecer os princípios básicos criados pelo constituinte originário (BRANCO, 2012, p. 139).

Passa-se a verificar como se dá a interpretação acerca do seu alcance, uma vez que o artigo 60, §4º, da Constituição, menciona a expressão “tendente a abolir”, o que leva a crer que em ocasião inversa, ou seja, ao acrescentar novas hipóteses, não haveria limitações. Nesse sentido, especificamente em relação ao artigo 60, §4º, IV, a petrificação e a imutabilidade restariam óbices às emendas que visassem abolir os direitos e garantias individuais, enquanto que as emendas que visem acrescer direitos ou, até mesmo, modificar

sem abolir, não seriam barradas, não só pelo texto da Carta, como também por raciocínio lógico. Ou seja, “veda-se, isto sim, a própria apresentação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a atenuar, a reduzir o significado e a eficácia [...] dos direitos e garantias individuais” (MENDES, 2006, p. 447).

Uma vez compreendido o sentido da expressão “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”, reconhece-se, coerentemente, que quando tais mudanças forem no sentido de não ocasionarem supressão ou abolição do texto protegido, tem-se que a emenda constitucional não resvala na cláusula pétrea.

Porém, ocorre o que já foi citado alhures, o artigo 5º, embora protegido como cláusula pétrea, abarca diversas situações que não versam sequer sobre direitos fundamentais, logo, vale dizer, nem todos os incisos elencados no artigo 5º são imutáveis e intangíveis, pois não estão protegidos como cláusula pétrea. Com uma análise mais apurada do elenco exposto no artigo 5º, se vê nitidamente que há disposições que nem garantem direitos nem asseguram garantias, sendo, conseqüentemente, inequívoca a percepção de que há pleonismo e repetição de disposições, as quais poderiam ser abolidas sem qualquer lesão à ordem constitucional (MENDES, 2006, p. 453).

Mendes (2006, p. 453) leciona:

Assim, parece evidente que não contêm direitos e garantias individuais as disposições que impõem ao legislador a obrigação de punir a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), de definir a prática de racismo e a ação de grupos armados como crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5º, XLII e XLIV) [...]

Lado outro, há uma discussão doutrinária acerca da proteção ou não dos direitos sociais, que figuram no artigo 6º da Constituição, em razão do artigo 60, §4º, IV, nada mencionar sobre tais direitos. Por um lado, defende-se que não há proteção a esses direitos, porque a redação do inciso IV sequer menciona direitos fundamentais, que é gênero, mas sim direitos e garantias individuais, que é espécie. Logo, se o inciso IV não os abrangiu, o fez por não os tomar como particularmente protegidos, tendo a Constituinte agido dessa maneira por entender a diferenciação entre direitos individuais e direitos sociais. Noutro vértice, há a argumentação de que, embora não expressamente previstos no artigo 60, §4º, IV, os direitos sociais figuram sim como cláusulas pétreas, pois figuram como limitações materiais implícitas, da mesma forma que outros dispositivos exteriores ao artigo 5º e 6º, como por exemplo o artigo 208, I, da Constituição, que prevê o ensino fundamental como obrigatório e

gratuito (BRANCO, 2012, p. 145-146).

Em suma, a Constituição se preocupou em elencar direitos fundamentais ao cidadão, porém incluiu no artigo 5º alguns incisos que equivocadamente proclamam serem normas de direitos fundamentais, além de deixar alguns desses direitos espalhados pelo texto constitucional, de fora do referido artigo. Nesse sentido, fica evidente que nem todos os incisos constantes no artigo 5º da Carta Magna estão acobertados pelas cláusulas pétreas, em especial os incisos XLII e XLIV, que versam sobre defesa do Estado, *jus puniendi*, não sendo normas de direito fundamental.

Dessa forma, entende-se que as cláusulas pétreas abrangem somente as normas de direitos e garantias fundamentais individuais, estando excluídas dessa proteção as normas de cunho coletivo e social, *verbi gratia*, os direitos elencados no artigo 6º, bem como alguns incisos do artigo 5º, tais quais o XLII e o XLIV, principalmente porque não se extrai desses incisos um “direito à prescrição”, questão a ser elucidada em momento posterior deste trabalho.

Consoante o exposto sobre direitos fundamentais e sua relação com as cláusulas pétreas, urge neste momento explicar os conceitos de prescrição e de imprescritibilidade, suas teorias fundamentadoras e de que forma encontram-se presentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como uma breve comparação com os institutos em outros países.

2 SOBRE A PRESCRIÇÃO E A IMPRESCRITIBILIDADE

O presente capítulo será dedicado à elucidação dos conceitos que envolvem tanto a prescrição quanto a imprescritibilidade, ou seja, a fim de que se compreenda o porquê da existência dos institutos, as teorias que fundamentam essa existência, como o Estado reage aos diversos acontecimentos criminosos, bem como para aclarar as duas hipóteses de crimes imprescritíveis existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a facilitar a compreensão de sua natureza constitucional.

2.1 A PRESCRIÇÃO E SUAS TEORIAS EMBASADORAS

A criação do Direito Penal é no sentido de tutelar os bens fundamentais necessários à preservação das boas condições da vida em grupo, permitindo que o Estado faça uso do seu direito de punir, *jus puniendi*, do qual é detentor, assim, ao delinquente são impostas restrições aos seus bens jurídicos mais valiosos (TRIPPO, 2004, p. 3). Dessa forma, ao cometer-se um crime, nasce o direito de punir do Estado, vale dizer, a pretensão punitiva, mas em um Estado Democrático de Direito o exercício dessa pretensão não pode ser exercida diretamente pelo Estado, devendo a demanda ser deduzida em juízo por meio de uma ação penal. Por intermédio da ação penal o Estado vai adquirir a certeza ou não da culpabilidade do agente, o qual terá direito à ampla defesa e ao contraditório, sendo que ao advir a sentença penal condenatória, com a certeza jurídica da culpabilidade do delinquente, nasce a pretensão executória (TRIPPO, 2004, p. 23).

Tem-se, portanto, que a punibilidade é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção penal, pois o crime, conforme a doutrina majoritária⁷, é um fato típico, antijurídico e culpável⁸. Contudo, há circunstâncias em que o encarceramento do indivíduo se torna um mal maior à sociedade do que a impunidade, ocasionando a exclusão da culpabilidade, extinguindo, também, o direito de punir do Estado, na linguagem disposta no artigo 107 do Código Penal (TRIPPO, 2004, p. 23). Assim, a prescrição é uma das modalidades de extinção da culpabilidade, sendo que a palavra é proveniente do latim

⁷ Sendo apenas alguns dos doutrinadores que coadunam com o pensamento mencionado: Greco (2010, p. 158), Nucci (2011, p. 174) e Prado (2008, p. 140).

⁸ Para alguns doutrinadores, o crime é somente típico e antijurídico, estando a culpabilidade excluída do conceito, vide Andreucci (2010, p. 191), Capez (2010, p. 106) e Jesus (2011, p. 198).

praescriptio, cujo significado se traduz em: escrever antes ou no começo, possui mais de dois mil anos de existência, e se configura no direito pátrio como causa extintiva da punibilidade (TRIPPO, 2004, p. 29). A prescrição nada mais é do que a renúncia do Estado ao seu próprio direito de punir devido ao seu não-exercício durante determinado decurso de tempo, e se diferencia da perempção e da decadência, pois estas, “ao contrário, alcançam primeiro o direito de ação e, por efeito, o Estado perde a pretensão punitiva” (JESUS, 2010, p. 33).

A prescrição pode figurar em dois momentos processuais distintos, quais sejam, antes da sentença condenatória transitada em julgado ou após o seu acontecimento. Quando a prescrição ocorre no primeiro momento é chamada de prescrição da pretensão punitiva, e é denominada de prescrição da pretensão executória quando o instituto figurar no segundo momento (JESUS, 2010, p. 18-19).

A doutrina elucida que, a bem da verdade, apesar da existência da prescrição há mais de dois mil anos, sempre se debateu qual o seu real significado de existir, e que ainda hoje há a reflexão sobre tais razões, sendo certo que não há um consenso sobre o assunto. No entanto, existem teorias que tentam explicar a criação de tal instituto, há a teoria do esquecimento, da expiação do criminoso, da emenda, psicológica, do transcurso do tempo, da extinção dos efeitos antijurídicos, da analogia civilista, da prova e da presunção da ineficiência do Estado, conforme lição de Santos (2011, p. 37-59) e Trippo (2004, p. 46-56).

A teoria do esquecimento defende que a prescrição existe para que os crimes cometidos não caiam no esquecimento da sociedade e, por conseguinte, para que não se esvaia a vontade social de punir, além de argumentar que com o tempo se curam as feridas causadas pelos crimes. Em outras palavras, a teoria aduz que a memória da sociedade elimina a lembrança das circunstâncias do crime até que outras lembranças tomem lugar, além de sustentar que a indignação pública e o sentimento geral de insegurança esvaem-se com o tempo. Essa tese desafia críticas, as quais aduzem que, em primeiro lugar, hodiernamente a sociedade não tem conhecimento de todos os crimes que ocorrem, daí o porquê da afirmação de que não se pode esquecer do desconhecido, em segundo, porque a teoria não explica quem são as pessoas atingidas pelo esquecimento, se seria a sociedade ou se seriam as vítimas e parentes (SANTOS, p. 38-42 e TRIPPO, p. 46-47).

Já a teoria da expiação do criminoso, ou teoria da expiação moral, defende que a longa demora do processo criminal causa no acusado uma enorme angústia que decorre da reflexão acerca do crime cometido e que tal acontecimento ocorre mesmo com a

inexistência do processo e da descoberta do autor do crime, pois o réu sente tanto remorso pelo crime cometido que a aplicação da pena se faz desnecessária. Essa teoria também sofre duras desaprovações, pois não se pode presumir de forma absoluta que o acusado vai se sentir angustiado e arrependido de ter cometido um crime, na verdade, para alguns, a atividade ilícita é meramente rotineira, hipótese que pode ser confirmada através do grande número de presos reincidentes. E mais, ainda que a finalidade da pena se resumisse à imposição de um sofrimento ao condenado, não haveria justificativa para que o Judiciário não a fixasse ou a aplicasse com base nesse pensamento de que o acusado já sofreu psicologicamente (SANTOS, p. 43-44 e TRIPPO, p. 49-50).

Santos, ao criticar essa teoria, cita J. J. Haus e Adolphe Prins: “Se fosse o caso, caberia a concessão de clemência soberana, em específico a graça - e não a prescrição -, aos criminosos objeto de detecção de real arrependimento” (1879; 1899 apud SANTOS, 2010, p. 43-44). Trippo, no entanto, elucida que nem todos os criminosos se arrependem, além de ser deveras delicado comparar uma hipotética condenação com um temor imaginário de que essa viesse a acontecer (TRIPPO, 2004, p. 49-50).

A teoria da emenda sustenta, de modo parecido com a anterior, que após algum tempo, o criminoso não seria mais perigoso, porque haveria a concretização do arrependimento simplesmente moral. Porém, novamente, a doutrina explicita as críticas à teoria, pois, segundo Santos, o simples passar do tempo não configura uma emenda ao caráter do sujeito, e tal aferição seria muito improvável. Como no caso de um indivíduo que esteja preso por alguns anos, ele pode passar um bom tempo sem cometer crimes, mas nem por isso pode-se dizer que encontra-se regenerado, pois o tempo por si só não garante a emenda do agente (SANTOS, 2010, p. 44-47). Trippo também critica a teoria, pois esta presume de forma absoluta que a emenda ocorre, cita, ainda, Costa e Silva que argumentava ser a presunção um “desmedido optimismo” (1938 apud TRIPPO, 2004, p. 48).

A teoria psicológica alega que o ser humano tem sua estrutura psíquica modificada com o passar do tempo, ou seja, defendem que ao praticar o crime, o sujeito é uma pessoa e que certo tempo após o ocorrido, seria outra pessoa. Conclui-se, portanto, que levado o raciocínio à sua conclusão mais radical, alguém estaria sendo punido pelo crime de outro. Santos é contrário à esta teoria e aduz que Zaffaroni e Pierangeli (2007 apud SANTOS, 2010, p. 48) partilham da mesma linha de raciocínio, pois os defensores da teoria afirmam que os criminosos podem modificar-se para melhor, contudo, não sugerem a solução para os casos

em que ao invés de melhorar, o sujeito tem seu comportamento piorado. E afirma que decerto a saída somente poderia ser a da imprescritibilidade, pois nada justificaria deixar impune alguém que no momento do cumprimento da pena revela conduta ainda mais antissocial do que à época em que cometido o delito (SANTOS, 2011, p. 47-49).

Constata-se que tal teoria foi recepcionada pelo Código Penal Brasileiro, o qual garante prazos prescricionais reduzidos à metade para os agentes menores de 21 anos à época do delito, já que existe o argumento de que há maior expectativa de reinserção social para esses infratores (SANTOS, 2011, p. 47-49). Trippo (2004, p. 49) alega que a teoria é falha, explicando que a alteração da personalidade demanda vários anos, o que não justifica prazos prescricionais tão curtos.

A teoria das provas, ou da dispersão, defende que a prescrição é necessária porque após decorrido certo lapso de tempo entre o crime e a colheita de provas, estas podem se deteriorar ou, até mesmo, se perder, portanto, os defensores dessa teoria sustentam que a punibilidade do agente deve ser extinta em tais hipóteses. Uma das defensoras desta tese no Brasil é Mara Trippo, cujo discurso é de que a falibilidade da mente humana acentua-se com o passar do tempo e por isso o prazo prescricional é válido, para que seja evitado um processo inútil (TRIPPO, 2004, p. 54). Santos se contrapõe à essa ideia, argumentando que somente faria sentido a aplicação dessa teoria no caso de crimes com penas maiores, pois somente assim valeria o argumento de que o tempo provoca o esquecimento dos fatos. O autor também critica a presunção absoluta que é dada a esse raciocínio de que as pessoas esquecem os acontecimentos, pois como se sabe, algumas pessoas ficam tão traumatizadas com os crimes que ocorreram que conseguem lembrar minuciosamente vários aspectos e detalhes do ocorrido (SANTOS, 2010, p. 51).

A teoria da presunção de ineficiência do estado fundamenta a existência da prescrição baseada no argumento de que os membros públicos responsáveis pela persecução penal podem ser negligentes ou possuidores de má-fé. Trippo (2004, p. 52) critica a teoria explicando que os direitos materiais em questão são indisponíveis, não podendo o acusado renunciar à sua liberdade, nem tendo o Ministério Público e o réu poderes para negociar acerca da prescrição, pois não são detentores do *jus puniendi*. Santos (2010, p. 54) entende que há certa razão no argumento no que tange à prescrição da pretensão punitiva, pois “considerando que o indivíduo apontado como suspeito pode ser inocente, não é justo que a angústia do processo se eternize, nesse caso, em razão da dúvida que sempre militara a seu

favor”. Porém isso não ocorre quanto à prescrição da pretensão executória, pois a culpa já está formada, e o agente infrator deve arcar com os erros de seus atos, ou seja:

Por conseguinte, opta-se pela valoração do princípio segundo o qual ninguém poderá ser beneficiado pela própria torpeza, reconhecendo-se a validade da teoria apenas no que tange à prescrição da pretensão punitiva, mas, mesmo nessa hipótese, nunca com prazos demasiados curtos, e desde que o crime não se revele de especial gravidade, muito menos quando agiu ou suspeito de má-fé (SANTOS, 2010, p. 54).

Por fim, a última teoria que justificaria a prescrição é a teoria da exclusão do ilícito, ou da extinção dos efeitos antijurídicos, sendo a teoria de menor relevância para o direito brasileiro, pois a teoria considera que o decurso do tempo faz com que as infrações penais percam sua relevância e passem a ser toleradas pelo ordenamento jurídico. Santos explica que há uma mistura de institutos, aduzindo que a teoria elimina a ilicitude material da conduta, diferindo da ideia de prescrição, a qual extingue a punibilidade do agente pelo decurso de tempo, e conclui que tal teoria é inviável para fundamentar a existência da prescrição (SANTOS, 2010, p. 55). Trippo também segue no mesmo sentido e explica que o crime não é atingido pela prescrição, pois esta somente ocasiona a impunidade do criminoso e a inadmissibilidade da punição (TRIPPO, 2004, p. 51).

Não obstante a enorme variedade de teses que tentam fundamentar a prescrição, verifica-se que, com pequenas ressalvas à teoria das provas e da ineficiência do Estado, há inconsistência e inconstância em todas elas, na medida em que nenhuma delas sustenta coerentemente o instituto da prescrição penal. E não o fazem, segundo Trippo (2004, p. 55), pois o instituto, na verdade, é causa política de extinção da punibilidade, estando, assim, sujeito à conveniência e oportunidade, não comportando retenções absolutas, universais e perenes.

Santos (2010, p. 55-56) segue no mesmo sentido, mencionando o longo tempo de debate do instituto, mais de dois mil anos, e ressaltando que é preocupante o fato de não existir uma só tese que alicerce de forma plena a existência da prescrição penal, sendo necessário conjugar duas ou mais teorias a fim de demonstrar a presença do instituto.

Apresentada a farta elucidação doutrinária acerca do instituto da prescrição e de suas teses que tentam justificar sua existência, entende-se que a prescrição penal é um instituto que prejudica o Estado moroso, sendo uma mola propulsora da impunidade, na medida em que o criminoso resta impune em determinadas situações somente por conta de um

descuido do Estado, cuja negligência foi latente, sendo que o dever-ser é justamente o contrário, a prescrição deve servir como impulso para a máquina pública agir de forma célere, promovendo, assim, julgamentos mais próximos do fato criminoso. Logo, a compreensão obtida é de que as teorias que tentam embasar a existência da prescrição são ineficazes em seu propósito e, ainda que tomadas como um todo, somente justificam a prescrição em parte.

No próximo subtópico, há de ser explicada a exceção da prescrição, ou seja, a hipótese em que não corre o prazo prescricional, ficando o crime imprescritível, podendo o Estado exercer o *jus puniendi* sem limitações de tempo.

2.2 A IMPRESCRITIBILIDADE

O conceito de imprescritibilidade pode ser compreendido como a simples ausência da prescrição, sendo aquilo que não é suscetível de prescrição, não estando sujeito à ela, que não se prescreve ou não se pode prescrever (SANTOS, 2010, p. 82). Também entendida como a inidoneidade do decurso do tempo sobre o *jus puniendi*, assim, a imprescritibilidade é sanção permanente do Estado, que pode punir a qualquer tempo (TRIPPO, 2004, p. 57).

Assim como na prescrição, a imprescritibilidade tem fundamentos que explicam sua razão de existir, sendo que há duas vertentes que subdividem os fundamentos, quais sejam, a material e a processual, a primeira defende a perpétua manutenção da necessidade de se punir, já a segunda defende que a ação penal ou a execução da condenação não se limitam temporalmente. Dentro da vertente material há uma bifurcação, existindo os fundamentos materiais totais e parciais. Sendo que os primeiros rejeitam plenamente o instituto da prescrição, baseando-se em dogmas de punição de delitos e na autoridade estatal. Já os parciais, acolhem a prescrição sob determinado ângulo e a repelem sob outro, objetivo (natureza do crime) ou subjetivo (características do delinquente). O fundamento de ordem processual também se divide em dois conceitos, os quais são denominados absolutos e relativos. Os argumentos absolutos são os totalmente inafastáveis e os relativos são os que podem ser superados (TRIPPO, 2004, p. 57-58).

Trippo (2004, p. 58-59) dá exemplos que defendem os fundamentos processuais, mencionando a corrente que afirma ser a imprescritibilidade um obstáculo aos

órgãos acusatórios, aqui a imprescritibilidade se evidencia em potencial: quando não prevista, mas possível de ocorrer, esse tipo é conhecido como imprescritibilidade relativa ou quase-imprescritibilidade, pois a lei obsta o início ou o prosseguimento da prescrição, porém não lhe põe um prazo final. Explica a autora que nesses casos a instrução probatória fica demasiadamente distante da época de cometimento do crime, podendo ocasionar um erro judiciário quando ocorrer o julgamento.

A dispensa dos atos executórios das penas é outro argumento que sustenta processualmente o instituto da imprescritibilidade, pois é um posicionamento adstrito à execução da pena e defende que a imprescritibilidade resulta da dispensa de atos materiais para a concretização da pena, já que a sanção aplicada comportaria eficácia direta, independente da presença do réu. Explica que as penas acessórias criadas pelo Código Penal de 1940 são um exemplo desse tipo de imprescritibilidade, pois era impostas anos depois do crime, precisando, para concretizarem-se, de prazos prescricionais bastante longos, razão pela qual sua execução seria garantida pela imprescritibilidade (TRIPPO, 2004, p. 59).

A autora também ensina os fundamentos materiais absolutos, começando pelo dogma da punição dos delitos, que se resume em defender que a todo crime corresponde uma pena e que isso seria a justiça absoluta. Essa corrente simplesmente não aceita a prescrição, pois esse instituto vai de encontro ao preceito dogmático. Esta corrente defende a teoria Kantiana absoluta da pena, a qual é contrariada pela teoria preventiva, que rejeita o caráter finalístico atribuído pelos absolutistas. Outra corrente, a da autoridade estatal, reafirma o dogma da punição e entende que a imprescritibilidade é imprescindível para o prestígio da justiça estatal. Corrente bastante difundida no período da Idade Média, época em que vigia a máxima *nullum tempus occurrit regi*, ou seja, para o rei não corre o tempo. Essa mesma teoria defende que a prescrição é um prêmio à desobediência. No entanto, tal corrente é contrariada em alguns momentos, em caso de edição de lei nova que promova o *abolitio criminis*, ocorrendo o efeito retroativo, a relevância penal do fato é extinta por meio de revisão criminal (TRIPPO, 2004, p. 59-61).

Existem os fundamentos materiais relativos, como a corrente que menciona a perpétua memória do fato criminoso como motivo embasador do instituto da imprescritibilidade. Segundo a teoria, a memória social nunca se esquece do fato grave que foi cometido, daí sendo contínuo o reclamo da sociedade por uma resposta ao crime ocorrido (TRIPPO, 2004, p. 60).

Tal corrente remete à ideia romana de se considerar imprescritíveis alguns crimes, assim como o ensinado por Beccaria, conforme sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, bem como o pensamento evidenciado nos estudos do Marquês de Bonesana, o qual era a favor de serem imprescritíveis os crimes atrozes, afirmando que estes permanecem por longo tempo na memória dos homens e que, uma vez provados, não merecem prescrição alguma em favor do réu que se subtrai pela fuga. Já o ex-ministro Costa e Silva rebatia a teoria dizendo que a ação aniquiladora do tempo nada respeita e que crimes horrendos, escandalosamente explorados pela imprensa diária, são facilmente esquecidos (TRIPPO, 2004, p. 60-61).

Outro argumento que embasa o fundamento material é o da permanência da periculosidade social, altamente influenciado pela Escola Positiva Italiana, a qual sustentava que a defesa social precisava que a prescrição estivesse baseada na classe do criminoso, ou seja, se ausente a temibilidade, era cabível o instituto; caso contrário, não se aplicaria a prescrição. Ademais, não se satisfaziam com a reabilitação presumida pelo decurso do tempo, afirmavam que para que fosse dispensada a prescrição seria necessária uma prova real de que o delinquente teve alguma mudança de caráter. No Brasil, a influência desse pensamento se faz presente no Projeto Galdino Siqueira, quando é negada a prescrição em casos de reincidência, sendo que os criminosos reincidentes precisariam provar boa conduta para que pudessem usufruir daquele instituto. Porém, com a imprescritibilidade, uma tardia instauração de um processo poderia não levar à prova adequada e convincente, propiciando erros judiciários, os quais são opostos à justiça social (TRIPPO, 2004, p. 62).

Em que pese haver mais de um fundamento que explique a existência do instituto da imprescritibilidade, conclui-se que sua razão de existir se evidencia ora pela gravidade da conduta perpetrada pelo agente, ora pelo fato de o Estado necessitar de longo período de tempo para punir determinada conduta, devido à impossibilidade de se punir na exata época do crime, sendo ambas as hipóteses enquadradas, respectivamente, nos casos dos incisos XLII e XLIV.

Explicado o conceito de imprescritibilidade e seus fundamentos, passa-se a analisar as hipóteses de crimes imprescritíveis existentes no direito brasileiro, sendo que, para melhor compreensão, o próximo tópico passa a discorrer, em específico, sobre os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Carta Magna.

2.3 A PRÁTICA DE RACISMO (INCISO XLII)

Passa-se nesse momento a conceituar e delinear qual é a conduta especificada no inciso XLII, a primeira hipótese de crime imprescritível, do artigo 5º da Constituição Federal, vale dizer, qual crime o Estado está punindo sem que haja uma sujeição ao transcorrer do tempo.

O Capítulo I do Título II da Constituição traz a epígrafe Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, a qual abrange não só direitos sociais, nacionais, políticos, individuais e coletivos, mas também os direitos fundamentais, de modo implícito, pois a epígrafe não se direciona expressamente a esses direitos (TRIPPO, 2004, p. 68). Acerca dessa constatação, passa-se a analisar o inciso XLII do artigo 5º, que dispõe, *ipsis litteris*, desta forma:

[...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

A redação do inciso XLII induz o leitor a vislumbrar que há a garantia constitucional do direito à igualdade, mas o termo “prática do racismo” não é claro o suficiente para definir e conceituar o que seria essa conduta ilícita, além de não especificar que condutas racistas são inafiançáveis e imprescritíveis, ficando a exegese do inciso por conta do intérprete.

Alguns doutrinadores, como, por exemplo, Mara Trippo, concebem a expressão de forma ampla, afirmando que seriam típicas as condutas discriminatórias atentadas contra as raças ditas branca, amarela e negra, assim como contra grupos étnicos. A matéria ainda está sendo debatida no âmbito dos tribunais. O termo racismo, na forma concebida pela Constituição Federal, é amplo e flexível, não se restringindo a um só grupo, nem a uma só raça, e, propositadamente, o termo foi acolhido nessas condições para que seja largo o campo interpretativo do conceito (TRIPPO, 2004, p. 69).

Tem-se que o racismo, para a Filosofia e para a Política, não é um acontecimento independente ou inato ao homem, pois, na verdade, é produto de crenças incutidas na sociedade, que servem como pretextos para posicionamentos preconceituosos e infundados. A bem da verdade, o racismo é reprodução das feridas da sociedade, além de refletir, também, outras insanidades do grupo. Por ser produto cultural da mente humana, o conceito de racismo é dotado de uma carga valorativa, adquirindo, assim, contornos

maleáveis que vão se alterando conforme o passar do tempo (TRIPPO, 2004, p. 69-70).

O dicionário Aurélio (FERREIRA, 1999) demonstra que a palavra *raça* possui uma numerosa quantidade de empregos: 1) conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos (cor da pele, conformação do crânio, tipo de cabelo) são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo; 2) conjunto de ascendentes de uma família, uma tribo, um povo, que se origina de tronco comum; 3) ascendência, origem; 4) descendência, geração; 5) conjunto de indivíduos com origem étnica, linguística ou social comum.

Vê-se, também, que o termo racismo muitas vezes é confundido com etnia, vocábulo que possui outro significado: grupo biológico e culturalmente homogêneo. “Ante essa colocação, pode-se afirmar que *raça* e *etnia* não são sinônimos, mas, por vezes, confundem-se” (TRIPPO, 2004, p. 70). O conceito de *raça* mais bem concebido pela doutrina é neste sentido: grupo com caracteres físicos semelhantes e provenientes de tronco comum, sendo que essa aceitação corrobora a divisão, como dito alhures, em três *raças*, quais sejam, branca, negra e amarela (TRIPPO, 2004, p. 70-71).

Heleno Cláudio Fragoso (1973 apud TRIPPO, 2004, p. 71) ressalta que o conceito de *raça* é mais importante como fato social, pois a criação de estereótipos é que conduzem ao ódio e à desigualdade social e, pois, à violência. Nesse sentido, há um estudo feito por Sérgio Danillo Pena, um médico geneticista brasileiro, que, através de estudos, consegue provar que as diferenças genéticas entre indivíduos de uma mesma *raça* são bem maiores do que entre *raças* distintas e podem chegar a 95%. O médico explica que, para a Biologia, não faz sentido algum a indagação sobre quem é negro ou afrodescendente. O conceito de racismo não se confunde, também, com o termo discriminação, o qual designa o tratamento desigual entre dois objetos. E que o termo preconceito se distingue, igualmente, dos outros dois conceitos anteriores, significando uma concepção de algo que não se conhece. Ou seja, a distinção de homens em *raças* é uma invenção social sem comprovação científica (TRIPPO, 2004, p. 70).

Dito isso, voltando ao conceito disposto no inciso XLII, verifica-se que não há no ordenamento jurídico pátrio nenhum delito com a rubrica “crime de racismo”. Daí o desatino do constituinte originário ao estabelecer com imprecisão quais condutas seriam tidas como imprescritíveis, o que acabou por gerar dubiedade quanto à qual conduta se refere o inciso constitucional, uma vez que a lei infraconstitucional sequer menciona a conduta de

“crime de racismo”, como dito anteriormente (SANTOS, 2010, p. 89).

A Lei Federal nº 7.716, de janeiro de 1989, conhecida como “Lei Caó”, é a que trata dos crimes de preconceito e discriminação em virtude de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, ou seja, cinco tipos de delitos referentes a discriminação, sendo essa a única lei que discorre acerca de condutas delituosas de preconceito. Porém, a indagação é relativa ao alcance da imprescritibilidade nesses crimes, ou seja, a imprescritibilidade abrange todos os delitos ou somente alguns? E essa indagação se dá no fato de não haver na referida Lei nenhum crime com a alusão de prática de racismo, conforme redação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição.

Segundo Santos (2010, p. 90), a Lei Federal nº 7.716, abrange algumas das hipóteses de imprescritibilidade descritas no art. 5º, XLII, da Constituição, para ele, somente há imprescritibilidade para os delitos que dizem respeito à raça e à cor da pessoa, exclusivamente. Não sendo imprescritíveis os delitos que discriminem a pessoa por conta de etnia, religião ou procedência nacional.

Por isso, remanesce a questão: estariam todos os cinco tipos de discriminação descritos nessa Lei protegidos pela imprescritibilidade ou nem todas essas hipóteses se referem ao descrito no artigo 5º? Que outros tipos de discriminação seriam imprescritíveis? Constatase uma divergência doutrinária quanto ao real alcance da imprescritibilidade, por um lado tem-se uma concepção restritiva e outra ampliativa do que estaria compreendido como imprescritível. Paulo José da Costa Júnior (2002 apud TRIPPO, 2004, p. 75) defende que “o racismo pedia tipo aberto para circundar toda discriminação racial, exemplificando com os negros e israelitas”. Já para Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer (1995 apud TRIPPO, 2004, p. 75), o conceito de racismo deve ser limitado ao preconceito de raça.

Trippo (2004, p. 79), utilizando-se da teoria ampla, acredita que o significado do termo racismo deve ser compreendido de forma ampliativa e abrangente, pois a Constituição não se utilizou de vocábulos específicos, como cor, preconceito, raça, sendo assim, citando Canotilho (2003 apud TRIPPO, 2004), afirma que uma norma constitucional deve ser interpretada de forma a se dar a máxima extensão ao seu alcance, razão pela qual o signo linguístico aberto contido no artigo 5º, XLII, deve conter a máxima efetividade, mormente ao fato de defender expressamente o direito à igualdade.

Santos (2010, p. 91) defende que o termo racismo decorre da expressão raça e que existem, sim, raças humanas, ao menos partindo-se dos fenótipos das pessoas, ou seja, existem pessoas discriminadas por serem negras, ou seja, pelas características exteriorizadas em seu corpo, assim como existem pessoas brancas discriminadas por pessoas negras. Nessa concepção, a prática de racismo, imprescritível constitucionalmente, somente poderia abarcar essas hipóteses, explica-se, não é possível que a expressão abranja qualquer conduta discriminatória referente à religião ou à nacionalidade. Existem várias religiões das mais variadas origens, com pessoas seguindo determinada fé professada por cada uma dessas religiões, sendo assim, a pessoa ao ser discriminada em razão de seguir essa ou aquela religião, será, sem dúvida, protegida pela Lei nº 7.716, mas não por racismo, logo, esse delito não será imprescritível (SANTOS, 2010, p. 91).

O Supremo Tribunal Federal, já se manifestou acerca desse debate, sendo que o parecer do Ministro Moreira Alves, acompanhado do Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Habeas Corpus de nº 82.424/RS (em 26/07/2003) foi no sentido da concepção restritiva, *in verbis*:

[...] uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-se que se deveria restringi-lo à ideia de raça como comumente entendida – ou seja, a branca, a negra, a amarela e a vermelha –, até para não tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório a ele relativo e qualificável, com base no texto constitucional, como imprescritível. [...] (SANTOS, 2010, p. 91).

Porém, no mesmo julgamento de Habeas Corpus, a maioria do pleno do Supremo Tribunal Federal adotou a teoria ampla, decidindo no sentido de negar a concessão do *writ* ao paciente Siegfried Ellwanger, o qual negou a existência do holocausto e fez apologia à ideias antissemitas em livros. Siegfried era sócio e editor da Editora Revisão Ltda. e foi denunciado pela suposta prática do crime previsto na Lei nº 7.716, art. 20. Foi absolvido na primeira instância, quando a magistrada entendeu que o seu ato não ultrapassava o seu direito de liberdade de expressão, porém, em segundo grau, a decisão restou reformada e ele foi condenado a dois anos de reclusão.

Nesse único caso em que ocorreu a análise de mérito da Lei nº 7.716 pela Corte Suprema, houve a discussão se o delito de “discriminação à raça dos judeus”, crime pelo qual o paciente gaúcho restou condenado, era imprescritível ou não, uma vez que a defesa alegou que judeus não são uma raça, logo, se houve o delito de discriminação, a hipótese derivaria de religião. (SANTOS, 2010, p. 92)

Por fim, foi denegada a ordem por entender que a conduta discriminatória praticada pelo paciente do HC restou inserida na expressão “prática de racismo”, conforme o inciso XLII, em decorrência de discriminação por religião, restando provado, em âmbito internacional, que a imprescritibilidade, quanto ao racismo, foi reconhecida no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo jus à ratificação de tratados internacionais que combatem as diversas formas de discriminação racial, como, por exemplo, a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial* (1965), bem como a *Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do “Apartheid* (1973).

Assim, após o estudo de ambas as teorias, entende-se que a teoria ampla é a que mais se amolda ao inciso XLII, em virtude da compreensão extensiva que se deve dar a um instituto que visa proteger condutas que ferem os direitos da pessoa humana, devendo-se proteger todas as formas de racismo *lato sensu*, mormente ao fato de estar o inciso na Constituição, a qual se compatibiliza à teoria ampla.

Há de se fazer uma ressalva quanto à imprescritibilidade da prática de racismo, isso porque o inciso XLII não alcança os tipos penais agravados ou qualificados por motivo de preconceito, como são exemplos os artigos 140, §3º, e 149, §2º, II, do Código Penal, por conta da subjetividade do agente. Na prática de racismo, há o dolo de segregar, ferindo a igualdade, enquanto nos delitos elencados no Código Penal, o dolo é de ofender a honra subjetiva da pessoa (TRIPPO, 2004).

Após concluída a análise do dispositivo, entende-se que a teoria ampliativa, adotada pelo STF, é a que melhor se amolda à forma de interpretação compatível com a Carta Magna, pois, assim, tende-se a proteger mais pessoas e não menos. Lado outro, verifica-se que o legislador constituinte originário previu a imprescritibilidade para o crime de racismo de forma exemplar, somente deixando ausente uma sistematização ideal acerca da identificação dos delitos que pretendia abranger.

No próximo subtítulo, a outra hipótese de crime imprescritível será explicada, fato deveras essencial para a conclusão deste trabalho, pois é suma importância compreender que tipos de ações são abrangidas pelo conceito delimitado pela norma constitucional, sendo que há, também, como se verificará adiante, uma lei específica para regulamentar a hipótese de imprescritibilidade.

2.4 AÇÃO DE GRUPOS ARMADOS CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL (INCISO XLIV)

A análise feita nesta parte da monografia diz respeito à segunda hipótese, elaborada pelo legislador originário, em que um crime não se sujeita aos efeitos da prescrição, conforme dispõe o artigo 5º, XLIV:

[...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; [...]

O Brasil é um Estado Democrático e, assim sendo, é movido pelos três poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), além do quarto poder, representado pelo eleitorado, sendo que seus pilares formais são, notadamente, a representação popular nos órgãos estatais políticos, os mecanismos de participação direta e a liberdade democrática. Contudo, a democracia abre, invariavelmente, espaço para a diversidade e tolerância, o que leva à ideias políticas divergentes que se colocam em oposição à preservação e segurança do Estado. Assim, “a ordem democrática pode ser usada como um instrumento para grupo político subversivo crescer e, até mesmo, tomar o poder, quando, contraditoriamente, seria destruído o Estado Democrático” (TRIPPO, 2004, p. 84).

Nessa linha de raciocínio, Loewenstein (1976 apud TRIPPO, 2004, p. 84) sugere que o Estado separe as opiniões políticas sadias das ideias subversivas e que representem ostensiva ilegalidade e que utilize normas penais para punir essas violências e transgressões, utilizando o sistema penal para garantir os pilares do Estado Democrático. Segundo Cretella Júnior (1997 apud TRIPPO, 2004, p. 84), tais grupos são caracterizados pela clandestinidade dos propósitos e movimentos, além de se utilizarem de contradições internas da sociedade com o intuito de impulsionar manifestações públicas, sendo que, ao atingirem expansão suficiente, investem contra a ordem constitucional e a forma de governo, procurando impor uma nova ordem social orquestrada pelos líderes do grupo.

Não tão raro se verifica que, no decorrer da história mundial, por vezes, a divergência de opiniões e ideias políticas resultou na criação de partidos políticos que cresciam ocultos, tomando forma, e que, de repente, alcançaram o poder por intermédio da força ou da legitimidade, tomando o poder do Estado para saciar sua vontade de governar à sua maneira. Numerosos são os exemplos que podem servir a essa exposição de ideias, como no caso da Alemanha (Hitler), do Chile (Pinochet), da China (Mao-Tse-Tung), do Iraque

(Hussein), do Irã (Ahmadinejad), dentre tantos outros mais antigos.

Assim, o inciso XLIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 instituiu uma norma incriminadora voltada para a repressão de grupos subversivos que visem impedir a escoreita manutenção do Estado, que tentem inviabilizar a continuidade da ordem constitucional. Com esse caráter solidificador da democracia, o legislador quis evitar que no futuro houvesse qualquer quebra de normalidade. Wolgran Junqueira Ferreira salientou, “é fácil distinguir que o intento da emenda aprovada tinha outro objetivo: tentar impedir futuros golpes militares” (1989 apud MORAES, 2000, p. 234).

No entanto, novamente, é nítido o descompasso do legislador ao inserir tal matéria dentro do artigo 5º, especialmente em virtude do referido artigo versar sobre direitos fundamentais, enquanto o inciso XLIV trata de norma garantidora de defesa do Estado, razão suficiente para que constasse no Título V - Da defesa do estado e das instituições democráticas. A doutrina segue no mesmo sentido e critica a localização de determinado preceito, conforme explicado por Alcino Pinto Falcão, Celso Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Wolgran Junqueira Ferreira (MORAES, 2000, p. 234).

Há quem defenda, porém, que tal inserção desse preceito em local reservado aos direitos fundamentais se deu em razão do legislador querer enfatizar que o atentado contra a estabilidade da ordem constitucional-democrática, por via indireta, afeta direitos fundamentais que pressupõem a formação de uma sociedade justa, que roga por um estado democrático (TRIPPO, 2004, p. 85).

A norma constitucional não é dotada de aplicabilidade imediata, pois apesar de instrumentalizar uma norma defensiva para o Estado, deixou, claramente, uma obrigatoriedade ao Congresso Nacional, no sentido de editar uma lei penal descrevendo as condutas referidas no inciso, estabelecendo os atributos da inafiançabilidade e da imprescritibilidade (MORAES, 2000, p. 234).

Pois bem, apesar de a Constituição somente ter sido elaborada em 1988, desde 1983 existe uma lei que trata da defesa do Estado, a Lei de Segurança Nacional de nº 7.170. A referida Lei poderia ter sido alterada após a Constituição de 1988, pois não menciona em momento algum as características da inafiançabilidade e da imprescritibilidade, nem sequer há artigos que correspondam precisamente ao texto definido no inciso constitucional. Os artigos 16 e 24 mencionam a organização do grupamento armado, mas

nada dispõem acerca da ação de grupos armados. Enquanto os artigos 17 e 18 remetem à noção de ação, mas não se referem a agrupamento (TRIPPO, 2004, p. 85).

Por força do princípio da legalidade, é necessário haver uma figura penalmente típica para que a hipótese constitucional restasse aplicada, porém não é o que ocorre, já que não há uma figura típica que se amolde ao caso. Ou seja, consoante as palavras de Santos (2010, p. 94), “nem mesmo na Lei de Segurança Nacional encontra-se dispositivo enquadrável, de tal modo que estamos diante de mais uma alma constitucional à procura de um corpo legal”.

Noutro vértice, esclarece-se, novamente, que o dispositivo que trata da imprescritibilidade para a prática de a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, se encontra mal localizado na Constituição, pois, por óbvio, não se trata de uma norma de direito fundamental, na medida em que versa sobre forma de defesa do Estado, não sendo, pois, hipótese de proteção por cláusula pétrea (TRIPPO, 2004, p. 84-85).

Nesse diapasão, conclui-se que, desde 1988 existe uma proteção constitucional feita pelo Estado para se proteger do que se convencionou chamar de “golpe de estado”, sem, contudo, traçar determinadas diretrizes que possam garantir a efetividade da norma. Assim, “a plena eficácia do dispositivo depende de lei federal que tipifique os crimes contra a ordem constitucional-democrática e comine-lhes, expressamente, os rigores penais traçados na Constituição” (TRIPPO, 2004, p. 85).

Entende-se, ao analisar ambas as hipóteses de crime imprescritível, que o legislador constituinte originário as elaborou porque entendeu serem delitos dotados de alta importância e gravidade, merecendo um rigor mais incisivo, não possuindo o Estado limitações para exercer o seu *jus puniendi*.

Após compreendidos os institutos e sua forma de concretização no ordenamento jurídico brasileiro, no próximo tópico ocorrerá uma breve explanação de como os institutos estão incorporados no arcabouço jurídico de outros países, sendo possível observar que o instituto não é inédito em legislações alienígenas, conforme será demonstrado no próximo subtítulo.

2.5 DIREITO COMPARADO COM OUTROS PAÍSES

A partir desse subtópico, passa-se à rápida análise do instituto da prescrição, e em alguns da imprescritibilidade, em alguns Estados estrangeiros, ressaltando-se que a pesquisa limitou-se aos seguintes países por não haver na doutrina uma extensão maior de pesquisa nesse sentido em específico.

Inicia-se a pesquisa pela Alemanha, local onde verifica-se que a prescrição e a imprescritibilidade são discutidas somente no Código Penal alemão, deixando, assim, a constituição germânica de versar acerca dos referidos institutos. Lá, a prescrição da ação ocorre, no período tido como mínimo, em três anos e, no máximo, em trinta anos nos casos puníveis com prisão perpétua, além de aceitarem como imprescritíveis os crimes de genocídio e homicídio qualificado (SANTOS, 2010, p. 104-106).

É prevista, também, a prescrição da pretensão executória, a qual é não ocorre nos casos de delitos puníveis com prisão perpétua, assim, verifica-se que há várias hipóteses em que a imprescritibilidade ocorrerá, pois vários delitos são passíveis de punição com prisão perpétua, a exemplo do crime de genocídio, traição à paz, preparação de uma guerra ofensiva e alta traição contra a federação. O mesmo ocorre com o latrocida e o homicida que pratica o crime na forma qualificada. Porém, as hipóteses em que se pune com a prisão perpétua não se limitam aos crimes mencionados acima, sendo que há determinados delitos contra a incolumidade pública que também recebem o mesmo tratamento, tais como o crime de incêndio doloso grave com resultado morte, provocação de explosão por meio de energia nuclear em casos de especial gravidade, abuso de raios ionizantes de especial gravidade, ataque ao tráfego aéreo ou marítimo com resultado morte e, por último, envenenamento de água potável com resultado morte (SANTOS, 2010, p. 104-106).

Santos (2010, p. 105) faz um paralelo com o direito brasileiro ao mencionar que aqui o crime de racismo é imprescritível, mas que no direito germânico as condutas tidas como infrações penais ligadas ao racismo (como, por exemplo, efetuar a saudação nazista com a extensão do braço e com a mão espalmada) não preveem a prisão perpétua como forma de punição, ou seja, depreende-se que o racismo não é um crime imprescritível naquele ordenamento jurídico. Assim, há duas hipóteses de imprescritibilidade quanto à pretensão punitiva e onze casos no tocante à pretensão executória, o que não pode ser tido como pouco, muito menos como anômala a situação no direito alemão, pois há, ultimamente, uma

tendência mundial de ampliação das hipóteses de imprescritibilidade.

Nos Estados Unidos, as referências existentes dizem respeito à prescrição da pretensão punitiva, não existindo a prescrição da condenação. Ou seja, todas as ações em direito civil ou penal se sujeitam a um prazo prescricional, definido por lei, que, após decorrido, obsta a interposição da ação. Sendo que o homicídio é uma exceção à esta regra (SANTOS, 2010, p. 107).

Os norte-americanos, conceberam, desde os atentados de 11 de setembro, um denominado “Ato Patriótico” que regulamenta a prescrição em âmbito federal e que prevê a “ausência de prazo prescricional para determinados delitos de terrorismo”. Como consequência, não há prescrição da pretensão punitiva para os crimes apenados com a morte, assim como não há qualquer tipo de prescrição para o crime de terrorismo que transcende as fronteiras nacionais. Em Nova Iorque, são imprescritíveis os delitos graves de classe A, como, por exemplo, o sequestro em primeiro grau e o homicídio em segundo grau. Na Califórnia, o prazo para se iniciar uma ação penal sobre a acusação de um delito punível com pena de morte ou a prisão perpétua ou sem a possibilidade de liberdade condicional, ou por desvio de dinheiro público, pode ser iniciado a qualquer tempo (SANTOS, 2010, p. 109).

Na Itália, devido a alterações ocorridas em 2005 no “Código Rocco”, há pelo menos vinte e seis crimes imprescritíveis, contabilizados somente no Código Penal, excluindo-se da contagem os crimes de lei especial. Dentre eles, servem como exemplos: atentado contra o Presidente da República; atentado contra a integridade, independência ou a unidade do Estado; atentado com finalidade terrorista; chacina; epidemia; homicídios “agravados”; extorsão mediante sequestro com resultado morte e crimes contra o patrimônio. Além de verificar-se, nos casos de prisão perpétua, a inexistência da prescrição da pretensão executória (SANTOS, 2010, p. 116).

Já na França, apesar de a prescrição ser a regra, há uma hipótese de imprescritibilidade, exemplificada em lei específica, é o caso dos crimes contra a humanidade. É interessante a redação de um determinado artigo, cuja inserção se deu em 2004, que prevê uma hipótese de quase-imprescritibilidade, no qual, para o crime de clonagem reprodutiva, o prazo prescricional da ação começa a correr, quando a clonagem conduz ao nascimento da criança, a partir da maioridade dela (TRIPPO, 2004, p. 126). Razão suficiente para se compreender que a França também está seguindo a tendência de outros países de aumentar o alcance da Justiça Criminal por meio de ampliação de prazos

prescricionais e inclusão de crimes imprescritíveis (SANTOS, 2010, p. 114).

A Espanha também é observada e verifica-se que o Código Penal espanhol também abarca as duas hipóteses de prescrição (pretensão punitiva e pretensão executória), denominando-as como prescrição do delito e prescrição da pena. A prescrição dos delitos ocorre no prazo máximo de vinte anos, para penas de prisão iguais ou superiores a quinze anos, e o mínimo é de seis meses, para as contravenções (“faltas”). Com relação à prescrição das penas, o prazo máximo é de vinte e cinco anos e o mínimo é de um ano, para os casos de prisão por quinze anos ou mais e para as penas leves, respectivamente. Destaca-se que o único crime tido como imprescritível, em ambas as formas, é o genocídio (TRIPPO, 2004, p. 127).

Em suma, o que se verifica é a tendência de alguns países pelo mundo estarem ampliando seus prazos prescricionais penais ou, até mesmo, criando novas hipóteses de imprescritibilidade, não só em crimes como o de genocídio e de atentados contra a ordem do Estado, mas também em crimes considerados graves, como os exemplificados acima.

A seguir, ocorrerá a explicação sobre o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional e a maneira com que o Brasil incorporou o respectivo tratado, uma vez que este estabelece a imprescritibilidade para determinados crimes de sua competência.

2.6 O BRASIL E A ADESÃO AO ESTATUTO DE ROMA E AO TPI

Após a segunda guerra mundial, todo o mundo se viu em uma situação delicada, já que países não mais guerreavam somente por meio de soldados e exércitos, mas sim com armas nucleares e gases tóxicos. Nesse contexto, desde o fim da década de quarenta foram adotadas Convenções Internacionais que versassem sobre proteções contra crimes de genocídio e de discriminação⁹, mas que não resultaram, de imediato, na criação de um Tribunal Internacional, isso por conta de impasses ideológicos emergentes no período da década de sessenta, tempos de Guerra Fria (LIMA; BRINA, 2006, p. 41-43).

Sendo assim, em 1998, após a Conferência de Roma, somente cinquenta

⁹ “Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos; Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984; e a Convenção dos Direitos da Criança de 1989” (LIMA; BRINA, 2006, p. 43).

anos após a adoção da Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, cento e vinte países votaram favoravelmente à aprovação do Estatuto da Corte Penal Internacional, de caráter permanente e independente, com jurisdição contingente às Cortes dos países que ratificariam o Estatuto posteriormente, o que significou um enorme avanço internacional em questão de proteção de direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 298).

A principal virtude atribuída à criação desse Tribunal Internacional se deve à sua diferença entre os tribunais militares criados ao fim da segunda guerra, tais quais o de Nuremberg e o de Tóquio, cujas críticas foram efusivas por terem violado princípios básicos como o da imparcialidade, a garantia do juiz natural, estrita legalidade e anterioridade da lei penal (TRIPPO, 2004, p. 97). De modo contrário aos tribunais mencionados anteriormente, o Tribunal Penal Internacional funda-se no primado da legalidade, mediante normas preestabelecidas, aplicáveis a todos os Estados signatários, capaz de garantir direitos e combater a impunidade, de modo especial em relação a crimes internacionais (PIOVESAN, 2012, p. 299).

Em 11 de abril de 2002, o Estatuto já computava as sessenta ratificações necessárias para sua entrada em vigor¹⁰, a qual se deu em 01º de julho de 2002, sendo que o Brasil o ratificou em 20 de junho de 2002, com o depósito do instrumento de ratificação perante o Secretário-Geral da ONU (PIOVESAN, 2010, p. 152).

A despeito da adesão ao Estatuto, há uma discussão doutrinária acerca de como se verifica a situação legal dessa adesão atualmente, a saber, o Estatuto foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico com hierarquia constitucional ou infraconstitucional? Tem-se que o Decreto nº 4388, o qual internalizou o Estatuto em nosso ordenamento, foi promulgado em 2002, momento anterior à promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a qual alterou a maneira com que são internalizados os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

É certo, também, que havia, e ainda há, discordância da doutrina quanto à hierarquia que gozavam os tratados internacionais de direitos humanos antes da EC nº 45/2004, pois uns dizem tratar-se de normas com *status* constitucional¹¹ e outros diziam

¹⁰ Vide exigência contida no artigo 126 do Estatuto.

¹¹ Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 98; REZEK, Francisco; BARAV, Ami. Recepção da regra de direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 226; LIMA, Renata

cuidar-se de normas com *status* infralegal¹², posição, inclusive, defendida pelo STF, à época¹³.

Em que pesem as divergências, entende-se que, à época, os tratados internacionais de direitos humanos eram equiparados à normas de hierarquia infraconstitucional, ou seja, foram recepcionados com *status* de lei federal ordinária.

Contudo, com o advento da EC nº 45/2004, a qual acrescentou os parágrafos 3º e 4º ao artigo 5º da Carta Magna, tem-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados conforme o procedimento do Artigo 5º, §3º, serão incorporados como normas de cunho constitucional, pois comparadas à emendas constitucionais.

Ocorre que o legislador constituinte derivado incorreu em omissão ao não mencionar como ficaria a situação dos tratados aprovados anteriormente à EC nº 45/2004, o que abriu margem para interpretação doutrinária, cuja pacificidade encontra-se longínqua. Ou seja, como ficam atualmente os tratados aprovados antes da referida Emenda? Conforme Tavares (2010, p. 556), serão duas as possibilidades: “os tratados internacionais permanecem com o *status* próprio do veículo que os internalizou, ou seja, permanecem com o patamar de lei; ou passam automaticamente a ter *status* de emenda constitucional, numa espécie de recepção”.

No mesmo sentido assente Branco (2012, p. 148):

[...] Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, *status* de Emenda Constitucional. [...]

Ou seja, para os tratados internacionais convencionais, ou seja, os que não versem sobre direitos humanos, tem-se, hoje, que são hierarquicamente iguais às leis federais,

Mantoveni de; BRINA, Marina Martins da Costa. Coleção para entender: *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 156; TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 119.

¹² Com esse entendimento: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 147-148; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 555;

¹³ Nesse sentido: HC 72.131, DJ de 1º-8-2003, Rel. para o acórdão Min. Moreira Alves; ADI-MC 1.480, DJ de 18-5-2001, Rel. Min. Celso de Mello; HC 75.925-1, DJ de 12-12-1997, Rel. Min. Mauricio Corrêa; RE 254.544, DJ de 26-5-2000, Rel. Min. Celso de Mello; HC 79.785, DJ de 22-11-2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

estando no mesmo patamar das leis ordinárias.

Porém, quando se fala em tratados internacionais de direitos humanos, existe outro posicionamento, conforme Piovesan (2012, p. 128), cujo entendimento é de que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados antes da EC nº 45/2004 possuem caráter constitucional, uma vez que contaram com ampla maioria em ambas as casas do Congresso, excedendo, inclusive, o *quorum* de três quintos, ocorrendo, todavia, que somente não foram aprovados em dois turnos porque não havia previsão à época.

O Supremo Tribunal Federal já pacificou seu entendimento no sentido de que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem caráter supralegal, mas infraconstitucional, inovando na classificação de normas jurídicas, ou seja, esses tratados estão posicionados acima das leis ordinárias, todavia, abaixo da Constituição Federal¹⁴.

Entende-se, para fins de estudo nessa monografia, que os tratados convencionais ratificados antes da EC nº 45/2004, continuam com o caráter de norma infraconstitucional, pensamento coadunado com os doutrinadores Paulo Branco, Gilmar Mendes, Alexandre Tavares e Christiano Santos, como detalhado acima. Contudo, entende-se que os tratados internacionais de direitos humanos que foram aprovados antes da EC nº 45/2004, possuem, conforme o entendimento do STF, caráter supralegal, mas infraconstitucional.

Essa compreensão da situação legal que o Estatuto de Roma possui em nosso ordenamento é de suma importância para o presente estudo, já que o Estatuto prevê a imprescritibilidade para os crimes cuja competência lhe cabe julgar, conforme seu artigo 29:

Artigo 29
Imprescritibilidade
Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Dessa forma, entende-se, por óbvio, que o Brasil, ao ratificar o Estatuto e ser favorável à criação de um Tribunal Penal Internacional, é simpático à ideia de conferir o caráter da imprescritibilidade a outros crimes que não somente os constantes no inciso XLII e

¹⁴ “No HC 88.240, Rel. Min. Ellen Grade, DJ de 24-10-2008, assentou-se: ‘A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação’. No mesmo sentido, o HC 94.702, da mesma relatora e publicado na mesma data. Esses precedentes citam e seguem o HC 90.171, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17-8-2007” (BRANCO, 2012, p. 148).

XLIV, seja em virtude da gravidade de tais crimes, seja por quaisquer outros motivos.

Assim, o TPI possui competência para julgar crimes gravíssimos que afetam a comunidade internacional, quais sejam, o de genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra, e o de agressão, conforme dispõe o artigo 5º do Estatuto de Roma:

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

Entende-se, nesse momento, que todas as considerações evidenciadas neste trabalho sobre o TPI e o Estatuto de Roma são tão-somente as imprescindíveis para o debate do tema, posto que determinados temas e institutos inerentes ao Estatuto e ao TPI, por mais relevantes que o sejam, não cabem ser expostos neste estudo. Assim, determinados assuntos como a competência do TPI, seu sistema institucional, sua composição, os Estados-signatários, suas divergências com alguns institutos constitucionais brasileiros, dentre outros, ficarão de fora da presente análise.

Conclui-se, então, que o Estatuto de Roma está situado em posição inferior à Constituição, porém superior às leis ordinárias, e que sua adesão pelo Brasil se deu de forma plena, o que importa, conseqüentemente, na aceitação de todos os seus termos, em especial ao que tange à imprescritibilidade.

3 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES IMPRESCRITÍVEIS

Cabe a este último capítulo evidenciar o debate entre a possibilidade ou não de ampliação das hipóteses de crimes imprescritíveis, uma vez que já foram expostos todos os conceitos necessários para se compreender o contexto em que se insere o debate. De modo que passa-se a expor ambos os argumentos pertinentes ao debate, quais sejam, os que afirmam ser impossível a ampliação e os que afirmam que ela é possível.

3.1 O DEBATE SOBRE O TEMA: ARGUMENTOS E CONTRA-ARGUMENTOS

Antes da exposição dos pensamentos de doutrinadores ilustres que se dedicaram a analisar a matéria, impende esclarecer que o assunto carece de mais debates, pois são poucos os que se debruçam sobre o tema, assim, fica o presente estudo como um humilde fomento ao debate acerca do objeto em estudo.

Os autores que defendem não ser possível ampliar o rol de crimes imprescritíveis se baseiam, no todo, em mais de um argumento, sendo necessário explicar cada situação e, a partir disso, tirar conclusões e tecer comentários atrelados às ideias defendidas.

Fernando Capez, dentre outros doutrinadores¹⁵, argumenta que:

A Constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não ocorrerá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea (núcleo constitucional intangível), conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo art. 60, §4º, IV, da CF. Com efeito, não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal (CAPEZ, 2010, p. 584-585).

Dessa forma, fica evidente o pensamento do jurista no sentido de haver um

¹⁵ Nesse sentido, conferir: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 562.

direito fundamental à prescrição, ficando, assim, impossível estender-se o rol dos crimes imprescritíveis, pois haveria o “núcleo constitucional intangível”, conforme o próprio autor descreveu.

Entretanto, a despeito da relevância do eminente jurista, tal argumento não parece prosperar, pois como explica Christiano Santos, em primeiro lugar, não há a previsão de prescritibilidade como sendo direito fundamental do réu em nenhuma parte da Carta Magna, somente havendo regras de prescritibilidade. A partir disso:

Entender que a previsão explícita de duas regras dessa espécie corresponde a direito individual, em face da omissão, significa não entender a natureza jurídica das normas que preveem a imprescritibilidade, como também fazer tábula rasa do §2º do mesmo art. 5º, além de consagrar o brocardo ‘aquilo que não está incluído, está excluído’ (*inclusio unius, exclusio alterius*) ou ‘pela inclusão de uma coisa, faz-se a exclusão de outra’ (*inclusione unius fit exclusio alterius*) (SANTOS, 2010, p. 97).

Elucida, ainda, invocando Carlos Maximiliano (1995 apud SANTOS, 2010, p. 97), que os brocardos acima dispostos são a base do argumento *a contrario*, influente em épocas passadas e malquisto pela doutrina moderna, que é hipótese de argumento que deve ser fundamentado nas leis lógicas de oposição por contrários, para que não se caia num argumento falacioso¹⁶. Ou seja, ao se mencionar uma hipótese, não se deve deduzir a exclusão de todas as outras, sendo cabível um brocardo oposto: *positio unius non est exclusio alterius* – a especificação de uma hipótese não redunde em exclusão das demais.

Santos (2010, p. 97) explica que caso esse entendimento fosse estendido a outros incisos da Constituição, sua interpretação geraria erros, como no caso do inciso LXXV, do artigo 5º do Diploma Magno:

Artigo 5º

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Se essa forma de argumentação estivesse correta, poder-se-ia concluir que se um condenado for assassinado nas dependências de um presídio, mesmo que se evidenciasse responsabilidade por parte dos agentes públicos que deveriam cuidar de sua integridade física, não caberia indenização, pois o Estado e também os agentes públicos responsáveis pela morte do recluso teriam adquirido o direito de não indenizar a família, já que fora das

¹⁶ Conforme OLIVEIRA, J. Bacelar e, "*A contrario*" in "Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira da Cultura, Edição Século XXI", Volume I, Editorial Verbo, Braga, Janeiro de 1998

hipóteses previstas constitucionalmente para casos de indenização de condenados (SANTOS, 2010, p. 98).

Outro exemplo é o inciso XLI, também do artigo 5º:

Artigo 5º

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Há espaço para interpretar-se o texto no sentido de que a lei não punirá uma discriminação que não seja atentatória a “direito ou liberdade fundamental”? Pois é isso que aconteceria ao ocorrer uma discriminação contra um direito social, trabalhista ou civil. Assim, a norma quis especificar o direito daquele que foi discriminado, cujo ataque feriu um direito fundamental, não tendo a norma, no entanto, a intenção de criar um direito individual aos que atentam contra outras categorias de direitos, ocasionando discriminações de espécies distintas (SANTOS, 2010, p. 98).

Assim, quis a Constituição, ao prever a hipótese de crime imprescritível, criar uma maior proteção às vítimas que sofrem com a prática do racismo, sem gerar um “direito” aos infratores das demais normas penais, nem tampouco uma impossibilidade à ampliação do rol dos crimes imprescritíveis (SANTOS, 2010, p. 98). Conforme a seguir:

Essa última conclusão extrai-se de outro raciocínio: o direito individual previsto na norma constitucional em tela (art. 5º, XLII, da CF) é das vítimas de racismo e não dos autores de todos os outros crimes (que “não o de racismo”). Por conseguinte, afirma-se a inexistência do “direito individual à prescritibilidade dos delitos” (SANTOS, 2010, p. 98).

Com relação ao primeiro argumento utilizado por parte da doutrina para embasar a impossibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis, crê-se estar superada, pois inexiste a ideia de “direito fundamental à prescrição”. Nesse sentido, assim como afirmado em momentos anteriores neste trabalho, em que pese o fato de estarem inseridos no artigo 5º, os incisos XLII e XLIV não possuem feição de “direito e garantia individual”, sendo passíveis de alteração, podendo ser estendido o rol de crimes imprescritíveis.

Ademais, caso se entenda que são realmente cláusulas pétreas, conforme o faz Trippo (2004), somente pelo fato de estarem inseridas no artigo 5º da Carta Magna, ainda assim não haveria impedimentos para que se ampliasse o rol de crimes imprescritíveis, uma vez que a vedação imposta pelo legislador constituinte originário é no sentido de impedir a

proposta que seja tendente a abolir determinado direito e garantia individual, não sendo a hipótese dos incisos XLII e XLIV. Isso é corroborado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o qual já se manifestou no sentido de ser possível a modificação de direitos fundamentais, no sentido de abrangê-los, conforme trecho do voto do i. Ex-Ministro Sepúlveda Pertence, abaixo exposto:

[...] A “forma federativa de Estado” — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. [...] (ADI 2024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03/05/2007, destaque nosso)

Nesse sentido, conclui-se que a vedação imposta pelo legislador originário somente proíbe projetos de emenda que tenham a tendência de abolir algum direito e garantia individual, o que, claramente, não ocorreria caso se aumentasse o rol de crimes imprescritíveis, uma vez que, reafirma-se, não existe um direito à prescrição.

3.2 POR QUE MEIO SE DARIA A AMPLIAÇÃO?

Ante tudo o que já foi exposto nesse trabalho, entende-se que há uma possibilidade de se estender o rol de crimes impossíveis, resta, no entanto, compreender como se daria juridicamente essa alteração, vale dizer, por meio de qual instrumento normativo seria introduzida essa mudança em nosso ordenamento jurídico.

Conforme Christiano Santos (2010, p. 95), as normas de imprescritibilidade que já existem no direito brasileiro, ao invés de serem alvo de críticas brutais, deveriam servir como precursoras de outras normas que versassem sobre a mesma matéria, aumentando o dito rol, à exemplo do que já é tido como tendência em outros países, como dito alhures.

Devem os incisos XLII e XLIV se coadunarem com o Princípio da Vedação da Proteção Deficiente, o qual está consagrado implicitamente na Constituição, pois ao negar-se a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis, esse princípio estaria sendo gravemente ferido. As normas contidas nos incisos XLII e XLIV, são mandados

constitucionais de criminalização, sendo que estes, na lição do ilustre doutrinador Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2008 apud SANTOS, 2010, p. 98), são “como uma face da proteção de direitos fundamentais, envolvendo um novo papel para as sanções penais e para a relação entre Direito Penal e Constituição”.

Como bem se vê, a Constituição nos mostra ser possível tal ampliação, até porque já houve uma certa aceitação, ao menos indireta, de outros crimes que não se sujeitam ao transcorrer do tempo, vide a ratificação e incorporação do Estatuto de Roma, o qual instituiu o TPI e sua jurisdição em razão de matéria penal, sendo que os crimes competentes ao TPI são imprescritíveis (SANTOS, 2010, p. 100).

Com relação ao fato de nunca ter havido uma normatização nesse sentido, Santos explica que, hodiernamente,

[...] o Brasil é um “Estado constitucional” e não mais um “Estado legal, irretorquível o argumento de que não mais é possível o estudo do direito penal exclusivamente através do Código e de nossas leis ordinárias, sendo inevitável a subordinação do direito das leis às regras constitucionais (SANTOS, 2010, p. 102).

Assim, conclui-se que ainda não houve uma normatização de leis que versassem sobre crimes imprescritíveis devido ao fato de que à época da elaboração do Código Penal e de suas reformas, como a de 1984, estava-se diante de outras Constituições, cujos princípios e valores eram outros, sendo que hoje não se verificam óbices à criação de uma lei que institua novos casos de imprescritibilidade e isso se deve, também, ao fato de que não há vedações formais nesse sentido.

Pois bem, deve-se compreender que o Brasil já verificou o fenômeno de incorporação de novas hipóteses de crimes imprescritíveis ao aderir ao Estatuto de Roma, o qual foi incorporado, à época, com *status* de lei ordinária. E que inexistem obstáculos formais ou materiais que impeçam a criação de novas hipóteses de crimes imprescritíveis.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal já adentrou ao assunto em questão, trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 460-971/RS, quando se ventilou a possibilidade de o artigo 366 do Código de Processo Penal estar coberto sob o manto da imprescritibilidade, hipótese afastada pelo Tribunal. Sendo válida a exposição de trecho do voto do Relator Min. Sepúlveda Pertence, *in verbis*:

[...] 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a

excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. [...] (RE 460971/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13/02/2007)

O voto do Ministro Relator foi acompanhado, com louvor, pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Carmen Lúcia. Assim, conforme exposição acima, conclui-se que não há nenhum fator impeditivo para que o rol de crimes imprescritíveis seja expandido por meio de lei ordinária.

CONCLUSÃO

Ao término desta monografia, após serem analisados vários pontos relevantes do trabalho, conclui-se que o tema é importante no sentido de fomentar o debate acerca do assunto imprescritibilidade, pois a doutrina encontra-se escassa em relação à essa matéria, ficando a presente monografia com o escopo de, humilde e minimamente, impulsionar estudos aprofundados nessa área.

Verificou-se que, dentro do artigo 5º da Constituição, apesar de haver diversos incisos que versem sobre direitos e garantias individuais, há também vários incisos que não dispõem acerca destes, ou seja, os direitos fundamentais estão inseridos ao longo do texto constitucional, além de alguns incisos do artigo 5º não versarem sobre normas de direito fundamental, tais quais os incisos XLII e XLIV.

Como consequência, fica evidente que nem todos os incisos constantes no artigo 5º da Carta Magna estão acobertados pelas cláusulas pétreas, em especial os incisos XLII e XLIV, que versam sobre defesa do Estado, *jus puniendi*, não sendo normas de direito fundamental. Assim, entende-se que sua abrangência ocorre somente perante as normas de direitos e garantias fundamentais individuais, restando excluídas dessa proteção as normas de cunho coletivo e social, *verbi gratia*, os direitos elencados no artigo 6º da Carta Magna.

Compreendeu-se que os direitos humanos diferem dos direitos fundamentais, na medida em que os primeiros são os princípios básicos que devem ser respeitados por todas as formas de governos democráticos, já os segundos são aqueles cujos Estados se utilizam da Constituição para assegurar tais direitos. Sendo nítido o seu caráter garantidor dos conceitos mais basilares de uma sociedade democrática saudável, não sendo viável essa compreensão dos dois conceitos como sinônimos.

Ainda relativamente aos direitos fundamentais, tem-se que sua divisão em gerações tem sido algo cada vez menos utilizado pela doutrina, e que as referidas quarta e quinta gerações nada mais são do que extensões das gerações anteriores, na medida em que não representam uma novidade propriamente dita.

Quanto à prescrição, entende-se que o instituto prejudica o Estado moroso, sendo uma mola propulsora da impunidade, o sentido de que o criminoso resta impune em determinadas situações somente por conta da negligência do Estado. Logo, a compreensão

obtida é de que as teorias que tentam embasar a existência da prescrição são ineficazes em seu propósito e, ainda que tomadas como um todo, somente justificam a prescrição em parte.

Entretanto, com relação à imprescritibilidade, conclui-se que sua razão de existir se evidencia ora pela gravidade da conduta perpetrada pelo agente, ora pelo fato de o Estado necessitar de longo período de tempo para punir determinada conduta, devido à impossibilidade de se punir na exata época do crime, sendo ambas as hipóteses enquadradas, respectivamente, aos casos dos incisos XLII e XLIV.

Conquanto se analisa o inciso XLII, relativo à “prática de racismo”, entende-se que a teoria ampliativa, adotada pelo STF, é a que melhor se amolda à forma de interpretação compatível com a Carta Magna, pois, assim, tende-se a obter uma maior proteção das pessoas que sofrem pela prática do delito. Por outro lado, verifica-se que o legislador constituinte originário previu a imprescritibilidade para o crime de racismo de forma exemplar, somente deixando ausente uma sistematização ideal acerca da identificação dos delitos que pretendia abranger.

Em relação ao inciso XLIV, sobre a ação de grupos armados, verifica-se a mesma inconsistência, a despeito de haver uma norma constitucional que preserve a imprescritibilidade para o delito mencionado, a lei específica relativa ao tema não traz sequer a denominação constante no inciso XLIV, restando ineficaz a proteção que goza o Estado.

Quanto ao direito comparado, em suma, o que se verifica é a tendência de alguns países em ampliar seus prazos prescricionais penais ou, até mesmo, criar novas hipóteses de imprescritibilidade, não somente em crimes como o de genocídio e de atentados contra a ordem do Estado, os quais o Brasil já protege, mas também em crimes graves, como no casos do homicídio qualificado e latrocínio.

No que tange ao Estatuto de Roma e o TPI, conclui-se que o Estatuto está situado em posição inferior à Constituição, porém superior às leis ordinárias, e que sua adesão pelo Brasil se deu de forma plena, o que importa, consequentemente, na aceitação de todos os seus termos, em especial ao que tange à imprescritibilidade. E que o Brasil, ao ratificar o Estatuto e ser favorável à criação de um Tribunal Penal Internacional, é simpático à ideia de conferir o caráter da imprescritibilidade a outros crimes que não somente os constantes no inciso XLII e XLIV, seja em virtude da gravidade de tais crimes, seja por quaisquer outros motivos.

Quanto ao aumento do rol de crimes imprescritíveis, não há que se falar em violação de cláusula pétrea, pois a vedação imposta pelo legislador originário somente proíbe projetos de emenda (ou de lei, como no caso) que tenham a tendência de abolir algum direito e garantia individual, o que, claramente, não ocorreria caso se aumentasse o rol de crimes imprescritíveis, uma vez que, reafirma-se, não existe um direito à prescrição.

Por fim, entende-se que há a possibilidade de se aumentar o rol de crimes imprescritíveis, fato esse já ocorrido quando da adesão ao Estatuto de Roma e ao TPI, e que a mudança se daria por intermédio de uma elaboração de lei ordinária, nos termos da fundamentação exposta pelo STF e pelos doutrinadores pesquisados.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, A. B. H. **Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 12. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Renata Mantoveni de; BRINA, Marina Martins da Costa. Coleção para entender: **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.